مهذب الأحكام

المجلد العشرون: من كتاب الشركة إلى كتاب الكفالة

اضغط للذهاب إلى المحتويات بالتفصيل

مهذب الأحكام

في

بيان الحلال والحرام

تأليف

فقيه عصره آية الله العظمى

السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري

« دام ظله العالي »

المجلد العشرون

اسم الكتاب .... مهذب الاحكام ج١١

اسم المؤلف. سماحة آية الله العظمى السيد عبدالأعلى السبزواري

صف واخراج .... مؤسسة المنار

الفلم والالواح الحساسة .... حميد / قم

المطبعة .... جاويد

الطبعة .... الرابعة ـ ١٤١٦ هـ

الكمية ١٥٠٠

السعر .... ٦٠٠ تومان

الناشر .... دفترآية الله العظمى السيد السبزواري

مهذّب الأحكام

في بيان الحلال والحرام

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشركة

الحمد لله ربّ العالمين والصلاة
والسلام على أشرف خلقه ورسوله محمد وآله
الطيبين الطاهرين حماة معالم الدين ومعاهده

هذه المادة ـ ش ر ك ـ تستعمل في المعنى الأعم من العين والمنفعة والانتفاع والحق والنية والقصد ـ كما في الرياء حيث أطلق عليه المشرك في جملة من الأخبار [1] ـ والمعبود وغير ذلك من موارد استعمالاته في الكتاب والسنة، وفي بعض الأخبار إن النطفة قد تصير شرك الشيطان إن لم يذكر الزوج اسم الله تعالى عند المواقعة[2]، وكذا الشركة في النسب والوطن وغيرهما مما لا يخفى.

واستعمالاتها في الكتاب والسنة ـ ومنها اصطلاح الفقهاء ـ عين المعنى اللغوي العرفي.

المذكور في المتن لا أن يكون في البين اصطلاح خاص بينهم وحقيقة شرعية أو متشرعة.

ولا ريب في ان مورد بحث الفقهاء لبعض أنواع الشركة العرفية اللغوية لا يوجب ذلك أن يكون لهم اصطلاح خاص في مقابل العرف واللغة.

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب مقدمة العبادات: ١٣.

(٢) راجع الوسائل باب: ٦٨ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه: ٦.

وهي: عبارة عن كون شيء واحد (١) لاثنين أو أزيد ملكاً أو حقاً (٢) وهي إما (واقعية قهرية) كما في المال أو الحق الموروث، وإما (واقعية اختيارية) من غير استناد إلى عقد كما إذا أحيى شخصان أرضاً مواتاً بالاشتراك، أو حفرا بئراً، أو اغترافا ماءاً، أو اقتلعا شجراً، وإما (ظاهرية قهرية) (٣) كما إذا امتزج مالهما من دون اختيارهما ولو بفعل

نعم، تختلف استعمالاته بحسب اختلاف المتعلق والأغراض كما يأتي تفصيله.

ولا وجه للنقض والابرام في المقام.

كما لا وجه لإنكار صاحب الحدائق الشركة العقدية رأساً لأنه فاسد بلا كلام بل مخالف لإجماع الخاص والعام كما سياتي ،فمهما صدقت الشركة عرفاً تترتب عليها الأحكام.

نعم، منشأ الشركة لها مراتب متفاوتة عرفاً يكفي في ترتب أحكامها مجرد الصدق العرفي، وفي مورد الشك لا يصح التمسك بدليل الشركة ولا تترتب أحكامها عليه لأنه تمسك بالدليل في الموضوع المشكوك.

(١) المراد بالوحدة الوحدة الاعتبارية العرفية لا الدقية الحقيقية البسيطة من كل جهة.

إن قيل: فعلى هذا يصدق الشركة فيما إذا بنى داراً وكان جصّها مثلاً من أحد وحجرها من آخر .

يقال: لا بأس بذلك بعد الصدق العرفي وإن كان الظاهر من كلمات الفقهاء اختصاصها ببعض أقسامها.

(٢) منفعة أو إنتفاعاً وبلا فرق بين ما في الخارج أو ما في الذمة لصدق مفهوم الشركة في جميع ذلك.

(٣) إذا سقط تمييز المالين وبطل جهة الاختصاص عرفاً تكون الشركة

أجنبي بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر، سواء كانا من جنس واحد كمزج حنطة بحنطة أو جنسين كمزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو دهن اللوز بدهن الجوز أو الخل بالدبس، وإما (ظاهرية اختيارية) كما إذا مزجا باختيارهما لا بقصد الشركة فإن مال كل منهما في الواقع ممتاز عن الآخر(٤)، ولذا لو فرض تمييزهما اختص كل منهما بماله (٥)، وأما الاختلاط مع التمييز (٦)

واقعية أيضاً لا ظاهرية فقط فعد هذا القسم بإطلاقه في مقابل القسم الأول مشكل بل ممنوع، والظاهر أن المراد من الظاهرية القهرية الشركة الحكمية أي: في الحكم الظاهري.

وخلاصة تفصيله رحمه الله يرجع إلى أن الامتزاج قد يوجب الشركة الواقعية الحقيقية، وهو فيما إذا حصل خلط وامتزاج تام بين المائعين المتجانسين ـ كالماء بالماء مثلاً ـ وغير المتجانسين كدهن الجوز بدهن اللوز مثلاً، ومثله بحسب العرف خلط الجامدات الناعمة بعضها ببعض كالأدقة بل لا يبعد أن يلحق بها ذوات الحبات الصغيرة كالخشخاش والدخن والسمسم ونحوها.

وقد يوجب شركة ظاهرية حكمية كخلط الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ونحوها، وكذا الدراهم المتماثلة لو اختلط على نحو يرفع الامتياز بينهما أصلاً فيتحقق الشركه حينئذٍ، فالشركة إما واقعية أو عرفية أو ظاهرية حكمية.

(٤) إن كان المراد بالامتياز في الواقع الامتياز في علم الله تعالى ففي الشركة الواقعية القهرية أيضاً ممتاز كل منهما عن الآخر في علم الله تعالى، وإن كان الامتياز بحسب علومنا وواقع إدراكاتنا ففي بعض أقسام هذا القسم أيضاً لا تمايز بينهما كما هو واضح.

(٥) هذا الفرض يجري في جميع موارد الاشتراك ولا اختصاص له بالمقام.

(٦) إن كان المراد من التمييز إمكانه عرفاً فلا إشكال في عدم تحقق

فلا يوجب الشركة ولو ظاهراً (٧)، إذ مع الاشتباه مرجعه الصلح القهري أو القرعة (٨)، وإما (واقعية) مستندة إلى عقد غير عقد الشركة كما إذا ملكا

الشركة حينئذٍ لا ظاهراً ولا واقعاً لفرض تمييز كل واحد من المالين عن الآخر وحينئذٍ فلا معنى لقوله رحمه الله بعد ذلك: «إذ مع الاشتباه» لفرض إمكان التمييز وإن كان المراد به التميز الواقعي وإن تعسر ذلك عرفاً فالشركة محققة فحينئذ يصح قوله: «إذ مع الاشتباه» لأن كل مميز واقعي يمكن أن يصير مورد الاشتباه مع غيره ظاهراً، ولكنه لا وجه حينئذٍ لقوله رحمه الله: «ومرجعه الصلح القهري أو القرعة»، بل يتعين الشركة الحكمية.

نعم، لو فرض التميز الواقعي بين المالين وعدم تحقق الشركة عرفاً وحصل الاشتباه بين المالين فالمرجع حينئذٍ الصلح أو القرعة كما إذا اشتبهت السلعة الخارجة من مصنع واحد ـ بدون امتياز بينها ـ أحدها لزيد والآخر لعمرو ولكن أشتبه كل منهما بالآخر، والظاهر أن مراده من عبارته رحمه الله هذا القسم.

(٧) هذا الإطلاق مخالف للعرف في بعض أقسام الاختلاط فإنهم يرون الشركه حقيقة، ويشهد له الوجدان أيضاً.

(٨) يعني انهما يكونان في مقام تمييز الحق لا أن يتحققا في موضوع الاشتراك لما تقدم من عدم حكم العرف بالاشتراك.

ثم أن المعروف بين الفقهاء اصطلاحات ثلاثة:

الأول: الشركة الحقيقية.

الثاني: الشركة الحكمية «أي عدم جواز تصرف أحد المالكين في المال بدون إذن الآخر، وصحة مطالبة القسمة، وكون عوض المالين مشتركاً بين المالكين».

الثالث: اشتباه مال أحد المالكين بالآخر، ويأتي تفصيل الجميع إن شاء الله تعالى في مطاوي الكتاب، وأما الشركة الظاهرية التي اصطلح عليها الماتن

شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها(٩).

وإما (واقعية) منشأة بتشريك أحدهما الآخر في ماله (١٠) كما إذا اشترى شيئاً فطلب منه شخص أن يشركه فيه ويسمى عندهم بالتشريك، وهو صحيح لجملة من الأخبار (١١)، وإما (واقعية) منشأة بتشريك كل منهما الآخر في ماله، ويسمى هذا بالشركة العقدية ومعدود من

تبعاً لصاحب الجواهر فليس قسماً خاصاً في مقابل الشركة الحقيقية والحكمية بل راجع إلى أحدهما ولا مشاحة في الاصطلاح.

(٩) فيتحقق الشركة بالضرورة الشرعية بل العرفية، ثم أن المرجع في تحقق الشركة هو المتعارف كما في جميع الموضوعات للأحكام، وإذا راجعنا إلى العرف ..

تارة: يحكم بتحقق الشركة.

وأخرى: يشك في تحققها ويتردد في صدقه.

وثالثاً: يحكم بالاختلاط دون الشركة فالحكم في الأول معلوم فتشمله أدلة الشركة.

وأما الثاني: فلا يمكن التمسك بدليل الشركة لفرض الشك في تحققها، فلابد إما من الرجوع إلى الصلح أو القرعة فيكون كالقسم الثالث.

(١٠) والفرق بينه وبين سابقه أن الأول منشأ الشركة بتحقق العقد ـ غير عقد الشركة ـ بينهما بخلاف الثاني فإنه من مجرد فعل التشريك.

(١١) منها صحيح ابن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشارك في السلعة؟ قال عليه السلام: إن ربح فله وإن وضع فعليه»[(١)]، وصحيح الحلبي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها، فأتى رجل من أصحابه فقال يا فلان أنقد عني هذه الدابة والربح بيني وبينك فنقد عنه

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الشركة: ١.

العقود(١٢)، ثم إن الشركة قد تكون في عين، وقد تكون في منفعة (١٣)،

فنفقت الدابة؟ قال عليه السلام: ثمنها عليهما لأنه لو كان ربح فيها لكان بينهما»[1]، ويمكن استفادة ذلك من إطلاق صحيح ابن عمار أيضاً، قال: «قلت للعبد الصالح عليه السلام لرجل يدل الرجل على السلعة، فيقول: اشترها ولي نصفها فيشتريها الرجل وينقد من ماله، قال عليه السلام: له نصف الربح، قلت: فإن وضع يلحقه من الوضيعة شيء؟ قال: عليه من الوضيعة كما أخذ الربح»[2]، ونحوه غيره، ودعوى ظهورها فيما إذا ملكا شيئاً واحداً بالشراء أو الصلح أو الهبة أو نحوها بلا شاهد. ويمكن تطبيق الصحة على عموم مثل قاعدة السلطنة أيضاً.

(١٢) بلا خلاف فيه بين العامة والخاصة بناء على كونها عقداً كما هو المشهور خلافاً لصاحب الحدائق حيث أنكر الشركة العقدية، بل يظهر منه إنكار الشركة المنشأة بالصيغة مطلقاً مدعياً أن ذلك لا يستفاد من النصوص، والمنساق من كلمات الفقهاء أيضاً الشركة المالية الخارجية.

وفيه: أولاً أنه يكفي العمومات والإطلاقات بعد صدق العقد والعهد عليه عرفاً، فلا نحتاج إلى دليل خاص.

وثانياً: تدل عليه صحاح الحلبي وهشام المتقدمة وابن رئاب[3]، فإن ظهورها في الشركة العقدية مما لا ينكر وعلى فرض الخدشة في الظهور فإطلاقها يشملها.

بل يمكن دعوى وقوعها بالإذن من طرف واحد وعدم رد الآخر فتكون من الإيقاعات لا من العقود، لأن إظهار الرضا بالشركة والإذن فيها خفيف المؤنة جداً، والإجماع لو تم انما هو بلحاظ الغالب لا التقوم.

(١٣) أو انتفاع وكل ما فيه غرض صحيح، واقتصار الفقهاء على بعض

---

(١) (٢) الوسائل باب: ١ من أبواب الشركة: ٢ و ٤.

(٣) الوسائل باب: ٢ من أبواب الشركة حديث: ١.

وقد تكون في حق، وبحسب الكيفية إما بنحو الإشاعة، وإما بنحو الكلي في المعين (١٤)، وقد تكون على وجه يكون كل من الشريكين أو الشركاء مستقلاً في التصرف (١٥)، كما في شركة الفقراء في الزكاة والسادة في الخمس والموقوف عليهم في الأوقاف العامة ونحوها (١٦).

(مسألة ١): لا تصح الشركة العقدية إلا في الأموال بل الأعيان (١٧)،

دون بعض لعله يكون من باب ذكر الأهم الغالب دون الاستقصاء.

(١٤) قد مر أنه ليس للشركة المبحوث عنها عند الفقهاء حقيقة شرعية ولا متشرعة، بل اللفظ بحسب معناه اللغوي العرفي جعل مورد بحثهم فمع الصدق عرفاً تصح ومع عدم الصدق أو صدق العدم لا تصح، ولا دليل على اختصاص الشركة بخصوص مورد الإشاعة فقط، بل المناط كله كما مر الصدق العرفي.

(١٥) إن كان مراده ﵀ بالاستقلال الاستقلال بعد القبض فلا ربط له بالشركة لحصول التقسيم حينئذٍ، وإن كان مراده الاستقلال قبل القبض فلا وجه له لعدم استقلال كل واحد من الفقراء والسادة في التصرف في مورد الخمس والزكاة، إذ ليست ولاية التقبيم للفقير والسادة وإنما هو للمالك وحاكم الشرع في بعض الحالات كما تقدم في كتاب الزكاة، كما تقدم فيه أن تعلق حق الفقراء والسادة ليس بنحو الشركة الحقيقية في العين، بل هو نحو حق تعلق بمالية المال فراجع وتأمل، ولعله أراد بقوله﵀: «مستقلاً في التصرف» أي في الجملة ولو بملاحظة الاستيلاء على القبض.

(١٦) الأوقاف العامة إما أن تكون الشركة فيها في المنفعة كوقف الأشجار المثمرة للفقراء، وأما أن تكون من الشركة في الانتفاع كوقف المدارس والكتب ونحوها، وليس للموقوف عليهم الولاية على القسمة وإنما هي للمتولي ومع عدمه فللحاكم الشرعي كما يأتي في محله.

(١٧) أما عدم صحتها إلا في الأموال فلعدم صحتها في الوجوه والأعمال.

فلا تصح في الديون، فلو كان لكل منهما دين على شخص فأوقعا العقد على كون كل منهما بينهما لم يصح، وكذا لا تصح في المنافع (١٨) بأن كان لكل منهما دار مثلاً وأوقعا العقد على أن يكون منفعة كل منهما بينهما بالنصف مثلاً، ولو أرادا ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعة داره بنصف منفعة دار الآخر، أو صالح نصف منفعة داره بدينار ـ مثلاً ـ وصالحه الآخر نصف منفعة داره بذلك الدينار، وكذا لا تصح شركة الأعمال ـ وتسمى شركة الأبدان أيضاً (١٩) ـ وهي أن يوقعا العقد على أن يكون

وأما اعتبار كونها في الأعيان فلما يأتي من اعتبار الامتزاج فيها ويتعذر الامتزاج في غير الأعيان الخارجية.

وفيه: أنه لو كان المانع منحصراً بذلك لأمكن دفعه بأنه يمكن أن يعتبر الامتزاج فيها بالصلح مقدمة للشركة، فيصالح أحدهما النصف المشاع مما في ذمته إلى الآخر، وكذا العكس بحيث يصير ما في الذمة مشتركاً ومشاعاً بينهما، وهذا اعتبار حسن عرفاً ولا مانع فيه شرعاً فيتحقق شرط الشركة حينئذٍ.

(١٨) لا دليل له أيضاً إلا تعذر الامتزاج فيها، وهذا جمود منهم على لفظ الامتزاج الظاهر في مزج العين الخارجية. وليس في الأخبار لفظ الامتزاج.

ويمكن أن يراد به سقوط الاختصاص بأي وجه أمكن عرفاً.

نعم، الغالب في الشركة الشركة العينية الخارجية، فلو لم يكن إجماع معتبر في البين أمكن القول بالتعميم بالنسبة إلى الديون والمنافع أيضاً، مع ملاحظة تصحيح رفع الاختصاص بأي نحو أمكن عرفاً.

(١٩) للاجماع محصله ومنقوله في كتب كثيرة. والظاهر أنه اجتهادي حصل من ملاحظتهم عدم الامتزاج فيها، ولو فرض صحة اعتباره فيها بنحو من الانحاء صحت الشركة العقدية فيها أيضاً، ولا يشملها إجماعهم على المنع حينئذٍ إذ المتيقن ـ على فرض اعتباره ـ غير هذه الصورة.

أجرة عمل كل منهما مشتركاً بينهما (٢٠)، سواء اتفق عملهما كالخياطة مثلاً أو كان عمل أحدهما الخياطة والآخر النساجة، وسواء كان ذلك في عمل معين أو في كل ما يعمل كل منهما (٢١)، ولو أرادا الاشتراك في ذلك صالح أحدهما الآخر نصف منفعته المعينة أو منافعه إلى مدة كذا بنصف منفعة أو منافع الآخر، أو صالحه نصف منفعته بعوض معين وصالحه الآخر أيضاً نصف منفعته بذلك العوض (٢٢)،

وأما توهم أن الشركة في الأبدان باطلة لاختصاص كل من الشريكين بفائدة عمله ونتيجته فلا موضوع للشركة.

فاسد: إذ لا نقول بالشركة مع قيد الاختصاص وإنما نقول بها بعد القاء ذلك واعتبار الامتزاج عرفاً.

وأما الاستدلال على بطلان الشركة فيها بالأصل والغرر فلا وجه له مع صدق العموم كما هو المفروض، والغرر لا وجه له أصلاً لأن الكلام فيما إذا كان المورد جامعاً للشرائط من كل جهة وفاقداً للموانع كذلك، مع أنه لا وجه للغرر بعد تبان الشركاء على التعيين وبيان الخصوصيات كيف ما اتفقوا عليه.

(٢٠) مع قطع النظر عن لحاظ الخلط والامتزاج بأي وجه أمكن، وأما مع اعتبار ذلك اعتباراً صحيحاً فلا محذور فيه.

(٢١) لشمول إجماعهم لجميع ذلك، ولعدم تحقق المزج والخلط الذي هو شرط صحة الشركة في الجميع وقد ناقشنا في الإجماع.

وأما الامتزاج فهو يدور مدار صحة اعتباره عرفاً فبأي وجه أمكن ذلك فيتحقق به موضوع صحة الشركة العقدية حينئذٍ.

(٢٢) فيتحقق بذلك موضوع الشركة العقدية. إن قيل بعد تحقق نتيجتها بنفس المصالحة أو بعنوان آخر لا وجه لعقد الشركة والشركة العقدية لأنه لغو حينئذٍ.

ولا تصح أيضاً شركة الوجوه (٢٣)، وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مال لهما بعقد الشركة على أن يبتاع كل منهما في ذمته إلى أجل ويكون ما يبتاعه بينهما فيبيعانه ويؤديان الثمن، ويكون ما حصل من الربح بينهما(٢٤)، وإذا أرادا ذلك على الوجه الصحيح وكلّ كل منهما الآخر في الشراء فاشترى لهما وفي ذمتهما (٢٥)،

يقال: سيأتي اعتبار الامتزاج في الشركة العقدية قبل العقد أو بعده.

ويمكن إيراد هذا الإشكال على اعتبار هذا الشرط أيضاً، والمناط كله ترتب الغرض الصحيح على الشركة العقدية، وهذا النحو من التصالح طريق لتصحيح الشركة العقدية لترتب غرض صحيح عليها، لأن العقود تدور مدار الاغراض الصحيحة التي لم يرد ردع عنها.

(٢٣) يظهر منهم الإجماع عليه، ويمكن الاستدلال عليه بعدم الامتزاج أيضاً، ويمكن الإشكال في كل من الدليلين كما مر خصوصاً في الإجماع لأختلاف كلماتهم في بيان الشركة الوجوه.

(٢٤) نسب هذا إلى الأشهر، وعن بعض أنها أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل بشرط أن يكون الربح بينهما، وعن آخر هي أن يشترط وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه ويكون الربح بينهما، والكل صحيح في نفسه مع التراضي خصوصاً الاخير فإنه نحو مضاربة ولا إشكال فيه إلا شبهة انه اذا كان المبيع عن شخص يكون الثمن له، لأن هذا هو معنى المبادلة، وقد أجبنا عن ذلك في أول البيع فراجع، وإنما الكلام في تحقق الشركة العقدية المعهودة بذلك ولا دليل لهم على البطلان إلا ما تقدم وقد مرت المناقشة فيه.

(٢٥) فيصح حينئذٍ لعموم دليل الوكالة وإطلاقه الشامل لذلك أيضاً، ولو كان لهما غرض صحيح في الشركة العقدية يصح إيجادها مع ملاحظة

وشركة المفاوضة أيضاً باطلة(٢٦)، وهي أن يشترك اثنان أو أزيد على أن يكون كل ما يحصل لأحدهما من ربح تجارة أو زراعة أو كسب آخر أو إرث أو وصية أو نحو ذلك مشتركاً بينهما، وكذا كل غرامة ترد على أحدهما تكون عليهما.

فانحصرت الشركة العقدية الصحيحة بالشركة في الأعيان (٢٧) المملوكة فعلاً وتسمى بشركة العنان (٢٨).

اعتبار الامتزاج.

(٢٦) لا دليل لهم على الفساد إلا الإجماع بقسميه.

وأما الاستدلال للبطلان بكون الربح تابعاً للمال وإن الغرامة على الغريم فقط، فهذا النحو من الشركة خلاف الكتاب فهو مردود لأن تبعية الربح للمال وكون الغرامة على الغريم لا ريب فيه بحسب العنوان والحكم الأولي، وأما إذا جعل المالك الرابح بعض ربح ماله للغير برضاه، أو أعطى شخص بعض غرامة الغريم برضاه فأي مانع فيه فيكون ذلك نحواً من التبرع والاحسان، وهما مضافاً إلى حسنهما خفيف المؤنة يحصل بالأظهار بأي وجه تحقق.

(٢٧) الشركة العقدية الصحيحة أقسام ثلاثة:

الأول: الشركة العقدية في مال واحد التي اصطلحوا عليه بالتشريك وتقدم صحته نصاً وفتوىً[١]، ويصح تسميته بـ«الشركة العقدية» كما يستفاد من النص[٢]، والفتوى.

الثاني: عقد شركة بين المالين لمالكين لغرض صحيح، ويشمله الإطلاقات والعمومات فتصح أيضاً، ولا يعتبر فيها الامتزاج للأصل.

الثالث: الشركة العقدية المعهودة فيها المزج.

(٢٨) لأن العنان زمام الفرس المستوى طرفاه، وفي المقام يستوي الحق

---

(١) (٢) راجع صفحة: ٩.

(مسألة ٢): لو استأجر اثنين لعمل واحد بأجرة معلومة صح وكانت الأجرة مقسمة عليهما بنسبة عملهما (٢٩)، ولا يضر الجهل بمقدار حصة كل منهما حين العقد لكفاية معلومية المجموع (٣٠)، ولا يكون من شركة الأعمال التي تكون باطلة بل من شركة الأموال (٣١)، فهو كما لو استأجر كلاً منهما لعمل (٣٢) وأعطاهما شيئاً واحداً بـإزاء أجـرتهما، ولو أشـتبه مقدار عمل كل منهما فإن أحتمل التساوي حمل عليه لأصالة عدم زيـادة عمل أحدهما على الآخر (٣٢).

بين الشريكين.

(٢٩) أما الصحة فللعمومات والإطلاقات.

وأما التقسيم بنسبة العمل فلأنه المنساق في المقام إلا مع القرينة عـلى الخلاف.

(٣٠) لصدق المعلومية في الجملة وأصالة عدم اعتبار الأزيد من ذلك كما في بيع الصفقة.

(٣١) أما عدم كونه من شركة الأعمال فلعدم وقـوع عـقد الشـركه بـين العاملين للاشتراك في العمل.

وأما كونه من الشركة في الأموال فلاشتراكهما في المال الذي هو عوض عملهما إن كان عيناً خارجياً أو دفعه المالك اليهما دفعة ومجتمعاً، وأما لو دفع الى كل منهما حصته الخاصة به فلا اشتراك في المال أيضاً.

(٣٢) بقدر معين من المال لتصح الإجارة لكل واحد منهما مستقلاً قبل وصول المال المشترك اليهما.

(٣٣) إن كانت الزيادة مما يتسامح فيها بحسب المتعارف وتراضيا فـلا إشكال ولا نحتاج إلى اجراء أصالة عدم الزيادة، وكذا إن كانت مما لا يتسامح فيها وتصالحا وتراضيا عليها وإن تشاحا فالأصول الموضوعية لا تصلح لاثبات

وإن علم زيادة أحدهما على الآخر (٣٤) فيحتمل القرعة في المقدار الزائد، ويحتمل الصلح القهري (٣٥).

(مسألة ٣): لو اقتلعا شجرة، أو اغترفا ماءاً بآنية واحدة، أو نصبا معاً شبكة للصيد، أو أحييا أرضاً معاً، فإن ملّك كل منهما نصف منفعته بنصف منفعة الآخر اشتركا فيه بالتساوي، وإلا فلكل منهما بنسبة عمله ولو بحسب القوة والضعف (٣٦)، ولو اشتبه الحال فكالمسألة السابقة (٣٧)، وربما يحتمل التساوي مطلقا لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قوله «من حاز ملك»، وهو كما ترى (٣٨).

(مسألة ٤): يشترط على ما هو ظاهر كلماتهم في الشركة العقدية ـ مضافاً إلى الإيجاب والقبول والبلوغ والعقل والاختيار (٣٩)، وعدم الحجر

التساوي لكونها ساقطة بالمعارضة، فلابد من التصالح.

(٣٤) إجمالاً مع الجهل بكمية الزيادة.

(٣٥) لو لم يكن في البين طريق عرفي أو أصل موضوعي لاحراز مقدار الزيادة.

(٣٦) مع احراز الكمية والكيفية بالطرق المعتبرة العرفية، وإلا فلابد من التصالح.

(٣٧) على ما تقدم الكلام في ذيلها.

(٣٨) أما الاحتمال فهو من صاحب الجواهر.

وأما الخدشة فيه فلأنه خلاف مرتكزات العرف من تفاوت استحقاق الحصة بتفاوت مراتب العمل كمية وكيفية.

(٣٩) لأنه عقد ويشترط جميع ذلك في العقد والمتعاقدين بالأدلة العامة التي تقدمت مكرراً في البيع وغيره فراجع، وفي عدم الاختيار يصح العقد بالإجازه اللاحقة بعد تحقق الاختيار ورفع الإكراه.

لفلس أو سفه (٤٠) ـ امتزاج المالين (٤١).

---

(٤٠) لأنه تصرف مالي ويعتبر في كل تصرف مالي عدم الحجر، ولكنه يصح بإمضاء الغرماء وإذن الولي.

(٤١) نسب هذا الشرط إلى المشهور، ولكن البحث فيه..

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الأدلة.

وثالثة: بحسب الكلمات.

أما الأول: فمقتضى الأصل عدم اعتبار هذا الشرط بعد صدق الشركة عرفاً بدون هذا الشرط، ولو مع لحاظ الوحدة الاعتبارية عند الشريكين التي هي أعم من الامتزاج، كما في كل شرط مشكوك في كل عقد.

ودعوى: أن مقتضى الأصل الموضوعي عدم ترتب الأثر ومعه لا تصل النوبة إلى الحكمي.

مردود: بأنه إنما يتمسك به في مورد عدم الصدق العرفي أو الشك فيه، وأما مع الصدق العرفي فتدفع الشرائط المشكوكة بالأصل والإطلاق، كما في جميع القيود المشكوكة في كل العقود.

وأما الثانية: فليس فيما وصل الينا من النصوص لفظ «الامتزاج»، وإنما وردت مطلقات تدل على صحة أصل الشركة أو بيان بعض أحكامها ومقتضاها كفاية الوحدة الاعتبارية عرفاً ولو لم تكن بنحو الامتزاج في أي نحو من الشركة.

وأما الأخيرة فليس في البين إلا دعوى الإجماع على اعتبار الامتزاج ولا ريب أن للامتزاج مراتب مختلفة. وعن العلامة التعبير بـ(الاختلاط) ودعوى الإجماع على الصحة فيه، ولكنه لا يدل على اعتبار الامتزاج في الصحة لأن الاختلاط أعم من الامتزاج كما هو معلوم، فلا دليل على اعتبار هذا الشرط ليصح الاعتماد عليه.

سابقاً على العقد (٤٢) أو لاحقاً بحيث لا يتميز أحدهما من الآخر (٤٣) من النقود كانا أو من العروض، بل اشترط جماعة (٤٤).

اتحادهما في الجنس والوصف والأظهر عدم اعتباره (٤٥)، بل يكفي الامتزاج على وجه لا يتميز أحدهما من الآخر (٤٦) كما لو امتزج دقيق الحنطة بدقيق الشعير ونحوه، أو امتزج نوع من الحنطة بنوع آخر، بل لا يبعد كفاية امتزاج الحنطة بالشعير (٤٧)، وذلك للعمومات العامة

إلا أن يقال: ان مرادهم فيما أدعوا فيه الإجماع الامتزاج بالمعنى العام الشامل للاختلاط أيضاً.

(٤٢) فيكون عقد الشركة حينئذٍ كاشفاً عن تحقق الشركة الحقيقية ودالاً على الإذن في التصرف.

(٤٣) عدم التمييز إما دقي عقلي أو عرفي دقي أو عرفي مسامحي، واعتبار الأول لا دليل عليه من عقل أو نقل بل الدليل على خلافه لعدم ابتناء الأحكام الشرعية على الدقيات العقلية مطلقاً، وكذا الثاني لأنه أيضاً قيد مشكوك يرجع فيه إلى الأصل والإطلاق.

(٤٤) منهم الشهيد والمحقق الثانيين والمحقق الأول في الشرائع، وعن ابن ادريس دعوى الإجماع عليه.

(٤٥) لإطلاق الأدلة الشامل لمختلف الجنس والوصف أيضاً، ولا دليل على الاتحاد إلا دعوى الإجماع، وهو مخدوش لظهور المخالفة عن جمع منهم العلامة في القواعد، والشيخ رحمه الله في ظاهر المبسوط مع احتمال أن يكون اعتبار اتحاد الجنس والوصف عند من اعتبرهما لأجل تحقق عدم التمييز عرفاً لا لأجل الموضوعية فيهما.

(٤٦) عدم التمييز بنحو ما مر بالنظر العرفي المسامحي.

(٤٧) لصدق المزج والخلط عرفاً، وقد مر أنه ليس المراد بعدم التمييز في

كقوله تعالى (اوفوا بالعقود)، وقوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم» وغيرهما (٤٨)، بل لولا ظهور الإجماع على اعتبار الامتزاج أمكن منعه مطلقاً (٤٩) عملاً بالعمومات، ودعوى عدم كفايتها لاثبات ذلك (٥٠) كما ترى (٥١)، لكن الأحوط مع ذلك أن يبيع كل منهما حصة مما هو له بحصة

الواقع ولا بالنظر الدقي العرفي، بل بالنظر المسامحي العرفي، والعرف وإن كان يرى الحنطة والشعير مميزاً في بادئ النظر لكن تعذر تمييز أحدهما عن الآخر، خصوصاً إذا كان كثيراً يلحقها بالخلط وعدم التمييز العرفي فتشمله الأدلة.

(٤٨) ودعوى أن ذلك من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك.

مردود: بعد فرض الصدق العرفي؛ كما أن الإجماع على اعتبار الخلط وعدم التمييز لا يشمل ذلك.

مخدوش: أيضاً لفرض صدقهما كذلك.

(٤٩) للامتزاج والاختلاط عرض عريض جداً ومراتب متفاوتة، خصوصاً في هذه الإزمان التي كثرت الأشياء التي تصدر من المعامل الخاصة بشكل واحد مخصوص مساوٍ في الجميع بلا فرق وتفاوت أصلاً، فإذا اختلط بعضها مع بعض يصدق الامتزاج والاختلاط عرفاً، ويشملها إطلاق كلماتهم أيضاً، مع أن لحاظ الوحدة الاعتبارية أيضاً أختلاط وامتزاج في مرحلة الاعتبار لأنه خفيف المؤنة، ولم يظهر من إجماعهم ما يخالف ذلك، وما مثلوا به من الأمثلة انما هو من باب المثال بحسب الغالب في تلك الأزمان كما هو العادة في غالب أمثلتهم.

(٥٠) منشأه أن العقد انما يفيد الإذن في التصرف، والشركة الملكية لابد وأن تحصل بالامتزاج، والعقد غير متكفل لذلك فمقتضى الأصل حينئذٍ عدم ترتب الأثر، ويمكن أن يستظهر هذه الدعوى عن الشيخ والمسالك وجامع المقاصد.

(٥١) لأن المنساق من الشركة العقدية عرفاً إنما هو لحاظ الوحدة

مما للآخر أو يهبها كل منهما للآخر أو نحو ذلك في غير صورة الامتزاج الذي هو المتيقن (٥٢)، هذا ويكفي في الايجاب والقبول كل ما دل على الشركة من قول أو فعل (٥٣).

(مسألة ٥): يتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساوي المالين (٥٤)، ومع زيادة فنسبة الزيادة ربحاً وخسراناً (٥٥)، سواء كان العمل من أحدهما أو منهما مع التساوي فيه أو الاختلاف أو من متبرع أو أجير (٥٦)، هذا مع الإطلاق، ولو شرطا في العقد زيادة لأحدهما فإن كان

الاعتبارية في المالين والإذن في التصرف من المالكين، وكل عقد شركة متكفل لذلك شرعاً وعرفاً وإجماعهم على اعتبار المزج والخلط ليس إلا بياناً لما هو المرتكز في الأذهان مما يصدق معه المزج والخلط العرفي، وهو مما يتفاوت بحسب الأشياء بل الأعصار والأمصار كما مر.

وتلخيص المقام: ان كل مورد صدق المزج والخلط بأي مرتبة من مراتبهما يتحقق الشركة العقدية للإطلاقات والعمومات، ولا يكون من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك.

(٥٢) للامتزاج مراتب كثيرة عرفاً تختلف بحسب الأشياء والازمان فأي مرتبة هو المتيقن وفي أي عصر يلاحظ ذلك مع اختلاط العرف أيضاً، والمتيقن من كل جهة وبقول مطلق هو الدقي العقلي وهو بمعزل عن الشرعيات، ثم المتيقن في العرف أيضاً يختلف باختلاف الخصوصيات والجهات فالأولى الإيكال إلى متعارف الخبراء من كل جنس.

(٥٣) ظاهر ظهوراً عرفياً ولو بالقرائن في الشركة والإذن في التصرف، وقد تعرضنا لاعتبار الظهور العرفي في الأنشائيات مطلقاً في أول البيع فراجع.

(٥٤) للإجماع والسيرة وأصالة تبعية الربح للمال.

(٥٥) لما مر في سابقه من غير فرق.

(٥٦) لأن المناط في تساوي الربح والخسران وتفاوتهما نفس المال من

للعامل منهما أو لمن عمله أزيد فلا إشكال ولا خلاف على الظاهر عندهم في صحته (٥٧)، أما لو شرطا لغير العامل منهما أو لغير من عمله أزيد ففي صحة الشرط والعقد (٥٨)، وبطلانهما (٥٩)، وصحة العقد وبطلان الشرط(٦٠) فيكون كصورة الإطلاق، أقوال أقواها الأول (٦١)، وكذا لو شرطا كون الخسارة على أحدهما أزيد، وذلك لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ودعوى أنه مخالف لمقتضى العقد كما ترى (٦٢).

حيث هو، ما لم تكن قرينة على الخلاف من شرط ونحوه والمفروض عدمه.

(٥٧) وعن جمع دعوى الإجماع عليه، وتقتضيه المرتكزات العرفية أيضاً والسيرة المستمرة.

(٥٨) نسب ذلك إلى جمع منهم المرتضى والعلامة، وسيأتي وجهه.

(٥٩) نسب ذلك إلى جمع منهم المحقق وهو مبني على أن الشرط فاسد،والشرط الفاسد يوجب فساد العقد، وسيأتي بطلان الأول وتقدم في أبواب الشروط بطلان الثاني فراجع.

(٦٠) نسب ذلك إلى جمع أيضاً، وهو مبني على أن الشرط فاسد ولكنه لا يوجب فساد العقد.

(٦١) كما اختاره في الجواهر، واختار الأخير صاحب النافع والغنية والكافي.

(٦٢) لأن اقتضاء العقد لشيء على قسمين:

الأول: أن يكون بنحو العلية التامة المنحصرة بحيث لا يقبل التخلف.

الثاني: أن يكون من مجرد الاقتضاء من دون أن يصل الى مرتبة العلية ويكون قابلاً للتغير والتبدل بالشرط ونحوه، واقتضاء الشركة لتساوي الربح والخسران من قبيل الثاني دون الأول، والشك في كونه من العلة التامة المنحصرة يكفي في عدمها، لأن ذلك قيد مشكوك مدفوع بالأصل كما في سائر القيود

نعم، هو مخالف لمقتضى إطلاقه، والقول بأن جعل الزيادة لأحدهما من غير أن يكون له عمل يكون في مقابلتها ليس تجارة بل هو أكل بالباطل كما ترى باطل (٦٣)، ودعوى أن العمل بالشرط غير لازم لأنه

المشكوكة، مع أن التساوي والتفاضل من شؤون سلطنة الشريكين ومقتضى إطلاق سلطنتهم كونهما تحت اختيارهما مطلقاً.

ودعوى: ان مثل هذا الشرط مخالف للسنة.

باطل: ولا وجه له إلا بناءً على إحراز كون الشركة بالنسبة إلى عدم التفاضل من العلة التامة المنحصرة ومع الشك فيه ودفع هذا القيد بالأصل كيف يكون مثل هذا الشرط مخالفاً للسنة، فأصل هذا النزاع صغروي بينهم فمن أثبت كون عقد الشركة مقتضياً للتساوي بنحو العلية التامة المنحصرة فلا ريب ولا إشكال في أن الشرط باطل، ومخالف للسنة ومخالف لمقتضى العقد أيضاً.

ومَن لم يثبت ذلك جعل جميع فروع التساوي والتفاضل تحت اختيار الشريكين لا ريب ولا إشكال في عدم كونه مخالفاً للسنة ولا لمقتضى العقد.

وإحتمال: أن هذا النحو من الجعل غير صحيح لعدم احراز تقرير الشارع له.

مدفوع: بأنه يكفي في طريق احرازه قاعدة السلطنة وأصالة الصحة ما لم يثبت عنه نهي بالخصوص في المقام.

(٦٣) نسب هذا القول إلى جامع المقاصد واستدل عليه بجميع ما دل على حرمة أكل مال الغير بالباطل من الآيات والروايات كما سبق.

ووجه بطلان قوله ﵀ أنه ليس المقام من الباطل في شيء لا لغة ولا عرفاً ولا شرعاً لفرض إذن صاحب المال ورضاه بذلك، فكيف يكون باطلاً مع تراضيهما عليه وعدم وصول نهي من الشارع.

وتوهم: أن الإذن والرضاء مقيد بصحة عقد الشركة، وهو يصير باطلاً

في عقد جائز(٦٤).

مدفوعة أولاً: بأنه مشترك الورود إذ لازمه عدم وجوب الوفاء به في صورة العمل أو زيادته (٦٥)، وثانياً: بأن غاية الأمر جواز فسخ العقد (٦٦) فيسقط وجوب الوفاء بالشرط والمفروض في صورة عدم الفسخ فما لم يفسخ يجب الوفاء به (٦٧)، وليس معنى الفسخ حل العقد من الأول بل من حينه فيجب الوفاء فمقتضاه مع الشرط إلى ذلك الحين (٦٨) هذا ولو شرطا

لمكان هذا الشرط.

فاسد: لما مر من عدم بطلان عقد الشركة بذلك لعدم كون هذا الشرط شرطاً فاسداً ومنافياً لمقتضى العقد على ما مر.

(٦٤) المراد بهذا العقد الجائز خصوص عقد الشركة المعهودة دون التشريك في البيع الذي تقدم فإنه عقد لازم، ودون المعاملة بين الشريكين في الزيادة لغرض صحيح عقلائي فأنه أيضاً لازم فإن كل ذلك من احتمال خلاف الظاهر كما لا يخفى فلا وجه لاطالة الكلام في ذلك.

ثم أن كون عقد الشركة جائز أول الدعوى، اذ يمكن القول بلزومه ـ كما اختاره بعض مشائخنا ـ، نعم، يكون لكل من الشريكين مطالبة القسمة، وهي غير كون ذات العقد جائزاً.

(٦٥) مع أنه جائز وصحيح إجماعاً كما تقدم فيستكشف منه انه لاوجه لبطلان أصل هذا الشرط.

(٦٦) مر أن هذا أول الدعوى.

نعم، يجوز لكل منهما مطالبة القسمة الرافعة لموضوعها.

(٦٧) لوجود المقتضي وفقد المانع فلابد من الوفاء به حينئذٍ، فيكون على فرض الجواز مثل العقود الجائزة التي مر منه مراراً من أنه يجب الوفاء بالشرط المذكور فيها مادام العقد باقياً.

(٦٨) لتحقق المقتضي للوفاء إلي ذلك الحين وفقد المانع عنه فيجب

تمام الربح لأحدهما بطل العقد لأنه خلاف مقتضاه (٦٩).

نعم، لو شرطا كون تمام الخسارة على أحدهما فالظاهر صحته لعدم كونه منافياً (٧٠).

الوفاء به لا محالة، ثم أن هذا الشرط يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون مفاد الشرط كون المقدار الزائد من الربح للمشروط له بلا عمل منه في نفس عقد الشركة.

الثاني: أن يتملك الشارط الزائد لنفسه، ثم يملّكه للمشروط له بنفس عقد الشركة.

الثالث: عين وجه السابق مع كون التمليك بعقد آخر، والكل صحيح لا بأس به لعموم الوفاء بالشرط.

إلا ما يقال في الوجه الأول من إن معنى الشركة أن يكون تمام ربح المال لصاحبه فمع صحة هذه الشركة لا وجه لصحة الشرط ومع صحة الشرط تبطل أصل الشركة فهما متنافيان لا يجتمعان.

وهذا الإشكال مردود بأن الشركة بالنسبة إلى هذه الجهة اقتضائية لا أن تكون من العلة التامة المنحصرة، ويكفي الشك في العلية في عدمها لأنها قيد مشكوك يرجع فيها إلى الأصل فيصح الشرط للعمومات، وتصح الشركة لعدم المنافات.

(٦٩) لأن العرف لا يرى هذا من الشركة أو يشك في الصدق وعدمه فلا يصح التمسك بالأدلة حينئذٍ لأجل الشك في الصدق.

وليس لنا أن نقول أن الشركة بالنسبة إلى هذه الجهة اقتضائية أيضاً، وليست من العلة التامة المنحصرة لفرض عدم مساعدة العرف لذلك، فما عن بعض من أنه لا فرق بين تمام الربح وبعضه فاذا كان في بعضه يصح الشرط فليصح في تمامه أيضاً مخدوش كما عرفت.

(٧٠) لأن الغرض الأهم من الشركات بين الناس إنما هو الاسترباح ـ وهي

(مسألة ٦): إذا اشترطا في ضمن العقد كون العمل من أحدهما أو منهما مع استقلال كل منهما أو مع انظامهما فهو المتبع ولا يجوز التعدي(٧١)، وإن أطلقا لم يجز لواحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر (٧٢).

ومع الإذن بعد العقد أو الاشتراط فيه فإن كان مقيداً بنوع خاص من التجارة لم يجز التعدي عنه (٧٣)، وكذا مع تعيين كيفية خاصة، وإن كان مطلقاً فاللازم الاقتصار على المتعارف من حيث النوع والكيفية (٧٤)، ويكون حال المأذون حال العامل في المضاربة فلا يجوز البيع بالنسيئة بل ولا الشراء بها ولا يجوز السفر بالمال (٧٥)، وإن تعدى عما عين له أو عن

الجهة الغالبة فيها نوعاً ـ والخسارة انما تلحظ في المرتبة اللاحقة عن الاسترباح لأن تمام همة الشريكين في الاسترباح والمدافعة عن الخسارة مهما أمكنهم ذلك، فالخسارة تلحظ في رتبة المدافعة لا في رتبة الاقتضاء والجلب فعدم التساوي في الخسارة ليس في مرتبة اقتضاء الشركة حتى يكون شرط كون تمامها على أحد الشريكين منافياً لمقتضى العقد.

ومن ذلك تظهر الخدشة في جملة من الحواشي على الكتاب وبعض الشروح من كونها مثل التساوي في الربح لأن مرتبة الخسارة مرتبة الدفع بأي وجه أمكن، ومرتبة الربح مرتبة الجلب.

(٧١) لوجوب الوفاء بالشرط وحرمة نقضه، وهذا يشمل جميع موارد الشركة الصحيحة مطلقاً ولو كانت الصحة بالعنوان الثاني من صلح أو بيع أو نحوهما كما مر.

(٧٢) لأصالة عدم جواز التصرف في المال المشترك إلا بالإذن إن لم يكن نفس العقد كاشفاً عن الإذن.

(٧٣) لفرض تقييد الإذن بجهة خاصة وفي غيرها يرجع إلى الأصل.

(٧٤) لانصراف الإذن إلى المتعارف ما لم تكن قرينة على الخلاف.

(٧٥) كل ذلك لأنها من غير المتعارف فلا يشملها الإذن.

المتعارف ضمن الخسارة والتلف (٧٦)، ولكن يبقى الإذن بعد التعدي أيضاً (٧٧) إذ لا ينافي الضمان بقاءه (٧٨)، والأحوط مع إطلاق الإذن ملاحظة المصلحة وإن كان لا يبعد كفاية عدم المفسدة (٧٩).

(مسألة ٧): العامل أمين (٨٠) فلا يضمن التلف (٨١) ما لم يفرِّط أو يتعد (٨٢).

نعم، لو كان ذلك متعارف في زمان أو مكان يشملها الإذن حينئذٍ.

(٧٦) لقاعدة اليد وظهور الإجماع لو لم يجز الطرف.

(٧٧) لأصالة بقائه إلا اذا قلنا أن الخيانة توجب زوال الإذن رأساً، وتقدم في الوديعة ونظائره ما ينفع المقام، ويمكن التفصيل بحسب الخيانات ومواردها وأشخاص الخائنين.

(٧٨) لو لم يسقط الإذن بالخيانة.

(٧٩) أما اعتبار المصلحة فلدعوى أن غالب الشركاء يلاحظون المصلحة في شركتهم، ولابد من ملاحظتها من هذه الجهة.

وأما كفاية عدم المفسدة فلأن هذا الغالب لا يوجب تقييداً في عنوان الشركة وحينئذٍ فمقتضى الأصل والإطلاق عدم ملاحظة المصلحة.

نعم المفسدة مما يقطع باعتبار عدمها.

(٨٠) لفرض اذن الشريك في تصرفه حينئذٍ واستيمانه عليه، ويعبر عن هذا بالاستيمان المالكي.

(٨١) لقاعدة عدم تضمين الأمين المستدل عليها بالإجماع والنصوص كما تقدم[1]، ومرتكزات العرف والعقلاء وتقدم بعض ما يناسب المقام في الإجارة والمضاربة أيضاً فراجع.

(٨٢) لقاعدة اليد بعد سقوط أمانته بالتعدي أو التفريط لقاعدة زوال الامانة

---

(١) تقدم بعضها في ج: ١٨ صفحة: ٢٨٣.

(مسألة ٨): عقد الشركة من العقود الجائزة (٨٣) فيجوز لكل من الشريكين

بجميع مراتب الخيانة التي منها التعدي والتفريط، بلا فرق بين الأمانة الشرعية والمالكية.

(٨٣) البحث في هذه المسألة...

تارة: بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب الدليل.

وثالثة: بحسب التحليل العرفي.

أما الأول: فمقتضى أصالة اللزوم في كل عقد لزومه إلا ما خرج بالدليل، وقد أسسنا هذا الأصل في أول البيع والخيارات فراجع.

وأما الثاني: فليس في البين إلا دعوى الإجماع من الغنية والتذكرة على جواز عقد الشركة، والمتيقن منه على فرض اعتباره مطالبة كل من الشريكين القسمة ورجوعهما عن الإذن فينتفي موضوع الشركة لا محالة؛ كما انه يجوز للزوج الطلاق فينتفي موضوع النكاح الدائم ويجوز له هبة المدة في البقية فينتفي موضوع النكاح المنقطع، وهذا لا ربط له بجواز العقد لأن القسمة والرجوع عن الإذن غير مربوط بجواز العقد الذي هو حكم شرعي.

وأما الأخير: فالشركة..

تارة: تشريك في البيع.

وأخرى: شركة خارجية اذنية.

وثالثة: عقدية إنشائية بشروطها التي مرت.

أما الأولى: فلا إشكال في لزومها للأدلة الدالة على لزوم البيع وظهور الإجماع.

وأما الثانية: فلا عقد فيها حتى يبحث فيه عن لزومه وجوازه، وانما فيه مجرد الرضا والإذن ولا ربط لهما بالعقد، بل هما من سنخ الإيقاع ولكن يأتي في

فسخه لا بمعنى أن يكون الفسخ موجباً للانفساخ من الأول أو من حينه بحيث تبطل الشركة (٨٤) إذ هي باقية ما لم تحصل القسمة (٨٥)، بل بمعنى جواز رجوع كل منهما عن الإذن في التصرف الذي بمنزلة عزل الوكيل عن الوكالة (٨٦)، أو بمعنى مطالبة القسمة (٨٧)، وإذا رجع أحدهما

(مسألة ٩) إمكان كونها عقداً أيضاً فيجري عليها حكم الشركة العقدية.

وأما الأخيرة فالعقد فيها بحسب الأصل لازم ولا دليل على جوازه غير ما مر من الإجماع وتقدم المتيقن منه فما اختاره جمع من مشائخنا(قدس سرهم) من لزوم عقد الشركة بنفسه هو المتيقن.

نعم، لأحد الشريكين ازالة موضوع هذا اللزوم رأساً، فالجواز فيه من باب الوصف بحال المتعلق لا بحال الذات ولعل هذا مراد الجميع وان قصرت عباراتهم عن ذلك فراجع وتأمل.

(٨٤) لأن الشركة متقومة بامتزاج المالين أو وحدتهما العرفية وكل منهما أجنبي عن العقد وإن كان من شرط صحته فالشركة الخارجية باقية ما لم تحصل القسمة، والرجوع عن الإذن يزيل موضوع الشركة العقدية فينعدم لا محالة لا أن ينفسخ وفرق بين إعدام الموضوع أصلاً وبين فسخه.

(٨٥) وهذا هو الذي ذكرناه سابقاً في بيان وجه الجواز فالشركة العقدية لازمة لأصالة اللزوم في كل عقد، وجواز مطالبة القسمة شيء آخر لا ربط له بلزوم أصل العقد.

(٨٦) فهو إعدام لموضوع الوكالة في مرحلة البقاء ولا ربط له بالفسخ، وكذا لو جن الوكيل أو نحو ذلك مما يوجب زوال أصل الموضوع، وهذا أيضاً لا ينافي لزوم عقد الشركة كما في كل عقد لازم يزول موضوعه بما هو رافعاً له.

(٨٧) أما أصل مطالبة القسمة فلا ريب في جوازه لقاعدة السلطنة.

وأما عدم كونها موجباً لانفساخ العقد فلما مر من أنه باق ما دامت الشركة

عن إذنه دون الآخر فيما لو كان كل منهما مأذوناً لم يجز التصرف للآخر ويبقى الجواز بالنسبة إلى الأول (٨٨)، وإذا رجع كل منهما عن إذنه لم يجز لواحد منهما (٨٩)، وبمطالبة القسمة يجب القبول على الآخر (٩٠)، وإذا أوقعا الشركة على وجه يكون لأحدهما زيادة في الربح أو نقصان في الخسارة يمكن الفسخ بمعنى إبطال هذا القرار (٩١)، بحيث لو حصل بعده ربح أو خسران كان بنسبة المالين على ما هو مقتضى إطلاق الشركة (٩٢).

(مسألة ٩): لو ذكرا في عقد الشركة أجلاً لا يلزم (٩٣) فيجوز لكل

الخارجية باقية وما لم تقسم المالان.

نعم، لا يجوز حينئذٍ التصرف لكشفها عن سقوط الإذن فيه بحسب الظاهر.

(٨٨) أما عدم جواز التصرف بالنسبة إلى الآخر فلعدم الإذن. وأما الجواز بالنسبة إلى الأول فلبقاء الإذن بالنسبة إليه.

(٨٩) لسقوط الإذن بالنسبة إلى كل منهما فلا يجوز لهما التصرف حينئذٍ.

(٩٠) لأن هذا من مقتضيات قرار الشركة الواقعة بينهما، لأن قوامها بتوافق الشريكين فيما يتعلق بمقاصد الشركة، والقسمة من أهم مقاصدها، ولكن لابد وأن يقيد ذلك بما إذا لم يكن ضرر في البين.

(٩١) لقاعدة ان كل شرط يجوز اسقاطه، ولا يضر ذلك ببقاء المشروط فيه إلا إذا كان الشرط مقوماً له فيسقط حينئذٍ ويحتاج في بقائه إلى استينافه.

(٩٢) لزوال الشرط والقيد بالفسخ فيه ويبقى الإطلاق على حاله.

(٩٣) الشركة إما اذنية فقط من دون عقد من الشريكين في البين وأما عقدية بشروطها التي مرت الاشارة إليها، وفي الأولى تدور مدار الإذن ـ سعة وضيقاًكمية وكيفيةً ـ ويصح التحديد فيها بالتحديد المعين كما شاء وأرادا، وحيث انها ليست بعقد فلا موضوع للشرط في ضمن العقد بالنسبة إليها مطلقاً.

منهما الرجوع قبل انقضائه (٩٤) إلا أن يكون مشروطاً في ضمن عقد لازم فيكون لازماً (٩٥).

إلا أن يقال: حيث أن إذن كل منهما مربوط بإذن الآخر في حاق الواقع فهي أيضاً من التعهد من كل منهما في مقابل الآخر فيجري فيه كل ما يجري في الشركة العقدية اذ لا يعتبر في عقدها لفظ مخصوص، بل يحصل بكل ما يكون مفهماً للمعنى المتعارف لدى الناس ولو كان بالفعل والكتابة ونحوهما، وحينئذٍ فعدم لزوم الشرط في مثل هذه الشركة لظهور إجماعهم عليه وجواز مثل هذا العقد وتسالمهم على عدم لزوم الشرط في العقود الجائزة واعتبار مثل هذا الإجماع والتسالم مشكل، وعلى أي تقدير يمكن القول بلزوم الشرط مادام العقد باقياً وينتفي موضوعه بالرجوع عن الإذن لزوال العهد والإذن فيزول الشرط لا محالة هذا بناءً على كونه من العقد.

وأما بناءً على كونه من مجرد الإيقاع فلا وجه للزوم الشرط بناءً على عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية كما هو المشهور، وبناءً على عدم وجوب الوفاء بالشرط المذكور في الإيقاعيات كما أدعي عليه الإجماع.

وأما الشركه العقدية فعدم لزوم الوفاء بالشرط لأنها عقد جائز والمشهور عدم وجوب الوفاء به.

وفيه: أنه يمكن القول بوجوب الوفاء مادام العقد باقياً، وقد مر من الماتن مكرراً؛ مع أنا قلنا بلزوم الشركة العقدية وانما الجواز في مطالبة القسمة.

(٩٤) لو رجع كل من أراد الرجوع عن أصل إذنه في الشركة الخارجية والشركة العقدية لابطال الشرط لكان أولى، لأنه يصح حتى على القول بلزوم هذا الشرط لكونه إزالة لأصل الموضوع.

(٩٥) بناءً على كون جواز عقد الشركة من مجرد الاقتضاء دون العلية التامة وإلا فلا أثر للشرط، وكونه بالنسبة إلى الجواز من العلة التامة مشكوك ومن مجرد

(مسألة ١٠): لو أدعى أحدهما على الآخر الخيانة أو التفريط في الحفظ فأنكر عليه الحلف مع عدم البينة (٩٦).

(مسألة ١١): إذا ادعى العامل التلف، قُبل قوله مع اليمين لأنه أمين(٩٧).

(مسألة ١٢): تبطل الشركة بالموت والجنون والأغماء والحجر بالفلس أو السفه بمعنى أنه لا يجوز للآخر التصرف (٩٨).

وأما أصل الشركة فهي باقية (٩٩).

نعم، يبطل أيضاً ما قرراه من زيادة أحدهما في النماء بالنسبة إلى ماله

الاقتضاء معلوم فيرجع في المشكوك إلى الأصل.

(٩٦) لقاعدتي انه «ليس في الدعوى على الأمين إلا اليمين مع عدم البينة» نصاً وإجماعاً كما يأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى، وأن «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

(٩٧) وليس على الأمين إلا اليمين، ومقتضى الإطلاق عدم الفرق بين كون دعوى التلف بالسبب الخفي أو الجلي.

(٩٨) لما يظهر منهم الإجماع على الحكم في الجميع، ولقاعدة أن «كل ما هو شرط حدوثاً شرط بقاءً إلا مع الدليل على الخلاف» وهو مفقود في المقام، مع أن الموت يوجب تعلق حق الورثة بالمال، والفلس يوجب تعلق الغرماء، والسفه يوجب التوقف على نظر الحاكم الشرعي وأما في غيرها فمقتضى الاستصحاب البقاء لولا ظهور الإجماع على الخلاف.

(٩٩) للأصل وظهور الإجماع مع أنه لابد في افراز الحقوق وتعيين الحصة من عمل خاص، ولا ربط لما ذكر بالعمل المفيد لافراز الحق وتعيين الحصة، وحينئذٍ لو أجازت الورثة أو الغرماء أو الحاكم الشرعي تبقى أصل الشركه على صحتها ويصح التصرف إلى أن يفرز الحق وتتعين الحصة.

أو نقصان الخسارة كذلك (١٠٠)، وإذا تبين بطلان الشركة فالمعاملات الواقعة قبله محكومة بالصحة (١٠١)، ويكون الربح على نسبة المالين لكفاية الإذن المفروض حصوله (١٠٢).

نعم، لو كان مقيداً بالصحه (١٠٣) تكون كلها فضولياً بالنسبة إلى من يكون إذنه مقيداً (١٠٤)، ولكل منهما أجرة مثل عمله بالنسبة إلى حصة

---

(١٠٠) لقاعدة بطلان الشرط بزوال المشروط، وبطلانه هذا مع عدم اجازة الورثة أو الغرماء أو الحاكم الشرعي وإلا فيصح العقد ويترتب عليه صحة الشرط أيضاً.

(١٠١) للأصل والإطلاق والاتفاق.

(١٠٢) أي: من أول حصول العقد إلى حين البطلان بناء على أن الشركة العقدية نحو إذن خاص، وبزوال الخصوصية لا يزول أصل الإذن في عالم الاعتبار.

كما قالوا: انه بزوال الوكالة لا يزول أصل الإذن المتحقق في ضمنها، فلا يكون تصرفات الوكيل تصرفاً عدوانياً إلا اذا دلت القرائن على تقييد أصل الإذن ببقاء خصوص الوكالة فيسقط أصل الإذن حينئذٍ، وأما بناء على أن الشركة العقدية ليست إلا أصل الإذن فمع بطلانها يسقط الإذن لا محالة، وكذا الكلام في شرط الزيادة أو كون الخسارة على أحدهما فإنه أيضاً يمكن أن يلحظ بنحو تعدد المطلوب من أصل الإذن وخصوصية أخرى، فلا ينتفي أصل الإذن بانتفاء الشرط كما يمكن أن يلحظ بنحو التقييد ووحدة المطلوب فينتفي أصل الإذن بانتفائه حينئذٍ.

(١٠٣) أي: كان الإذن بنحو وحدة المطلوب يعني في خصوص الشركة الخاصة الصحيحة فقط.

(١٠٤) لأنه مع التقييد بالصحة لا وجه له للصحة مع فرض عدمها فيكون

الآخر إذا كان العمل منهما، وإن كان من أحدهما فله أجرة مثل عمله(١٠٥).

(مسألة ١٣): إذا اشترى أحدهما متاعاً وأدعى أنه اشتراه لنفسه وأدعى الآخر أنه اشتراه بالشركة فمع عدم البينة القول قوله مع اليمين لأنه أعرف بنيته (١٠٦)، كما أنه كذلك لو أدعى أنه اشتراه بالشركة وقال الآخر إنه اشتراه لنفسه فإنه يقدم قوله أيضاً لأنه أعرف ولأنه أمين (١٠٧).

فضولياً لا محالة، ومتوقف على الإجازة اللاحقة لفرض سقوط الإذن مع البطلان.

(١٠٥) لابد وان يبين أولاً أنه هل تكون في الشركة الصحيحة أجرة لعمل العامل سواء كان من أحدهما أو هما معاً، أو يكون العمل فيها مجانياً مطلقاً؟ مقتضى المتعارف بين الناس هو الثاني لأن العرف يرى هذا النحو من العمل كالعمل في مال نفس العامل، فكما أنه لا أجرة للعامل الذي يعمل في مال نفسه فكذا في المقام لأن عمله في مصلحة نفسه فلا أجرة له، وحينئذٍ فمقتضى قاعدة: «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» عدم الأجرة للعمل في صورة بطلان الشركة أيضاً.

نعم، لو قلنا بثبوت الأجرة للعمل في الشركة الصحيحة تثبت في الباطلة أيضاً لقاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، هذا اذا لم يقصد العامل التبرع وإلا فلا أجرة في البين أصلاً لأجل التبرع.

(١٠٦) فيدخل في القاعدة المشهورة المعمول بها عند الأصحاب من أن: «قبول قول كل مَن لا يعرف المقول إلا من قبله»، بل قد يقال أنها من القواعد العقلائية.

(١٠٧) فيقبل قوله في الفعل الذي اؤتمن فيه وله نظائر كثيرة في الفقه، وقد تقدم في كتاب الطهارة قاعدة: «أن كل من استولى على شيء فقوله مقبول فيه».

فصل في القسمة*

وهي: تعيين حصة الشركاء بعضها عن بعض (١) وليست ببيع ولا صلح ولا معاوضة، وإن إشتملت على الرد (٢) فليس فيها الشفعة ولَا خيار المجلس ولا خيار الحيوان (٣)، ولا يدخلها الربا وإن عممناها لجميع

فصل في القسمة

(١) كما في اللغة والعرف والشرع، وليس في الشرع فيها اصطلاح خاص كما في غيرها من موضوعات الأحكام.

ثم أن القسمة مشروعة بالأدلة الأربعة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿**وإذا حضر القسمة أولوا القربى**﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿**ونبئهم أن الماء قسمة بينهم**﴾[2]، ومن السنة قوله عليه السلام: «الشفعة لا تكون إلا لشريك لم يقاسم»[3]، ومثله غيره.

ومن الإجماع إجماع المسلمين. ومن العقل قاعدة السلطنة التي هي من القواعد النظامية العقلائية.

(٢) لعدم اعتبار قصد ذلك كله فيها، بل تتحقق بقصد نفس ذاتها ومفهومها، هذا مع اختلافها مع جميع المعاوضات في اللوازم الكاشف عن الاختلاف في الملزوم مضافاً إلى إجماع الإمامية على عدم كونها منها.

(٣) لاختصاص كل ذلك بالبيع، والقسمة ليست ببيع.

(*) هذه التكملة ـ لكتاب الشركة ـ من اضافات سيدنا الوالد قدس سره.

(١) سورة النساء: ٨.

(٢) سورة القمر: ٢٨.

(٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب الشفعة: ٦ ج: ١٧.

المعاوضات (٤)، بل تكون أمراً مستقلاً بنفسها (٥).

(مسألة ١): يشترط فيها الرضا في تعيين الحصة في الشركة الأشاعية حتى في قسمة الاجبار (٦)، ولو لم يتراضيا يتعين القرعة (٧)، وإذا كانت الشركة بنحو الكلي في المعين فالتعيين باختيار من وجب عليه الدفع كالبايع في البيع والمتولى في الوقف، والمالك في الزكوة والخمس (٨) ويمكن أن يصير الكلي في المعين من الأشاعة فيعتبر رضاء الجميع حينئذٍ(٩).

(مسألة ٢): يجوز تصدي الشريكين للقسمة بنفسهما أو بوكيلهما ولو كان أحدهما عن الآخر، ولا يعتبر في الوكيل الإيمان والعدالة بل ولا البلوغ ويكفي الوثوق والمعرفة بكيفية القسمة (١٠).

---

(٤) لفرض عدم كون القسمة معاوضة كما هو واضح، فلا يجري فيها الربا المعاوضي لانتفاء الموضوع.

(٥) كما هو ظاهر العرف ويظهر إجماع الفقهاء عليه أيضاً.

نعم، تشتمل على معنى التعاوض لكن لا بعنوان المعاوضة حتى يترتب عليها أحكامها.

(٦) للإجماع وأصالة عدم التعيين إلا بذلك ، وأما قسمة الإجبار فالجبر إنما يكون في أصل القسمة لا في تعين الحصة، فلابد من التراضي.

(٧) لانحصار التعين فيها حينئذٍ.

(٨) لأن تكليف وجوب الدفع مختص بمن ذكر فتكون سلطنة الإخراج له أيضاً، ومع الامتناع تكون للحاكم الشرعي.

(٩) كما إذا كانت صبرة مشتملة على عشرة أصوع مثلاً فباع كل صاع لشخص خاص، فتصير حينئذٍ من الشركة الإشاعية في اشتراط رضا الجميع في تعيين حصة كل واحد منهم لفرض تحقق الإشاعة حينئذٍ.

(١٠) كل ذلك للأصل والإطلاقات، وعموم سلطنة الناس على أموالهم

(مسألة ٣): لو احتاجت الوكالة فيها إلى أجرة تكون عليهما، وكذا لو احتاجت القسمة إليها ولو بدون الوكالة (١١).

(مسألة ٤): لا يحتاج أصل القسمة إلى القرعة (١٢)، وتتحقق بدونها مع التراضي أيضاً.

نعم، لو توقف رفع التنازع عليها لابد من القرعة حينئذٍ (١٣) وإن كان الأحوط القرعة مطلقاً (١٤).

(مسألة ٥): لا بأس بقسمة بعض المال المشترك وابقاء بعضه على الاشتراك، وكذا يجوز مع تعدد الشركاء إفراز حصة بعضهم وابقاء حصة الباقين على الاشتراك (١٥).

وعدم الدليل على الخلاف.

نعم بناءً على انها معامله، يعتبر البلوغ هنا أيضاً ولكن المبنى وأصل البناء مخدوش ومنه يظهر وجه الاحتياط.

(١١) لأنـها مـن مـصالحها فـتكون عـليهما إلا أن تـختص إحـداهـما بخصوصية تكون من مصالحه فقط، فلاتكون على الآخر حينئذٍ.

(١٢) للأصل، ولكفاية التراضي بينهما، ولأن القرعة انـما هـي فـيما إذا انحصر رفع النزاع بها، فلا يشمل ما إذا تراضيا على شيء فلا موضوع لها في المقام تخصصاً.

(١٣) فما في الجواهر من توقفها على القرعة مطلقاً لتوقف رفع النـزاع عليها مخدوش كما هو معلوم مما تقدم.

(١٤) خروجاً عن خلاف جمع، حيث قالوا باحتياجها اليها مطلقاً بل ربما ينسب ذلك إلى اتفاق الأصحاب، ولا دليل لهم يصح الاعتماد عليه كما لا يخفى على مَن راجع المطولات وتأمل.

(١٥) كل ذلك لقاعدة السلطنة، وأصالة الإباحة.

(مسألة ٦): لابد في القسمة من تعديل السهام (١٦)، وهو أقسام ثلاثة (١٧):

الأول: أن تكون القسمة بحسب الأجزاء كيلاً أو وزناً أو عدداً أو مساحة وتسمى «قسمة الافراز» (١٨)، وهي جارية في المثليات مطلقاً ـ كالحبوب والادهان والخل والألبان ونحوها ـ وكذا في القيميات المتساوية الاجزاء ـ كجملة كثيرة من المزروعات والكثير مما يخرج من معمل واحد بقالب واحد ـ وكذا في الأراضي المتساوية الاجزاء (١٩) .

الثاني: أن تكون القسمة بحسب القيمة والمالية كجملة القيميات إذا تعددت مثل الجواهر والانعام والاشجار إذا تساوى بعضها مع بعض من

---

(١٦) لأن القسمة متقومة بذلك عرفاً وشرعاً.

(١٧) يمكن أن نجعل هذه القسمة قسمة عقلية بأن يقال: القسمة إما أن تشتمل على الرد أو لا؟ والثاني إما في المثليات أو لا، فتحصل بذلك الأقسام الثلاثة المعروفة بين الفقهاء للقسمة، واصطلحوا في الأول على قسمة الرد، وفي الثاني على قسمة الافراز، وفي الأخير على قسمة التعديل، وعلى أي حال هذه القسمة صحيحة وواقعة في الخارج، وظاهر الفقهاء الإجماع على صحتها ووقوعها في الخارج.

(١٨) وهو بمعنى العزل يقال: فرزت الشيء أفرزه أي أعزله عن غيره، وهذه القسمة متقومة بتساوي الأجزاء من حيث المالية كما هو معنى المثلية وما يلحق بها.

(١٩) المرجع في ذلك أهل الخبره من العرف فكلما حكم العرف بأنه مثلي يجري فيه قسمة الأفراز، وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وسائر الجهات وليس في ذلك تعبد شرعي، كما انه ليس لنظر الفقيه فيه دخل إلا اذا كان من أهل خبرة هذه الأمور.

حيث القيمة، ويسمى ذلك «قسمة التعديل» (٢٠)، كما إذا اشترك اثنان في ثلاثة أغنام مثلاً قد ساوى قيمة أحدهما مع اثنين منها فيعدل ذلك ويجعل الواحد سهماً والأثنان سهماً آخر (٢١).

الثالث: ما تسمى بـ «قسمة الرد» وهي ما إذا احتاجت القسمة إلى ضم مقدار من المال إلى بعض السهام ليعادل السهم الآخر (٢٢) كما إذا كان بين أثنين شيئان قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة دنانير فاذا ضم الأول إلى الثاني نصف دينار ساوى مع الأول (٢٣).

(مسألة ٧): الأموال المشتركة (٢٤)، قد لا تجري فيها إلا قسمة الافراز، وهو فيما إذا كان من جنس واحد من المثليات كما إذا اشترك اثنان

---

(٢٠) لاحتياجها الى لحاظ المالية وتعديلها بالنسبة الى حصة الشركاء.

(٢١) فيحصل بذلك العدل والإنصاف بالنسبة إلى المالكين، وإن تعدد موضوع مالهما بالنسبة الى أحدهما واتحد بالنسبة إلى الآخر.

(٢٢) لتقوّم تعديل الحصص برد المال من أحد الشركاء، ومن هذه الجهة تسمى بقسمة الرد.

(٢٣) وتطابق التسمية مع المسمى لغةً وعرفاً وشرعاً.

ويأتي قسم رابع تسمى قسمة التراضي، وهي ما اذا كانت القسمة مشتملة على الضرر وتراضيا على تحمل الضرر.

وقسم خامس وهي قسمة الإجبار، ولكن هذين القسمين بحسب الحكم؛ والأقسام الثلاثة السابقة بحسب الموضوع.

(٢٤) هذه المسألة تتعرض لبيان ما يجري فيه قسم واحد من أقسام القسمة وما يجري فيه قسمان منها وما يجري فيه الأقسام الثلاثة وصورها معلومة مما يأتي، والظاهر صحة جريان قسمة الرد في الجميع بعد التراضي به كما يصح جريان الجميع في الجميع بالتصالح.

او أزيد في وزنة حنطة (٢٥)، وقد تتعين فيها قسمة التعديل، كما إذا اشترك اثنان في ثلاثة أغنام قد ساوى أحدهم مع اثنين منهم بحسب القيمة (٢٦)، وقد تتعين قسمة الرد كما إذا كان بين اثنين اغنام قيمة أحدهما خمسة دنانير والآخر أربعة (٢٧)، وقد تجري قسمة الافراز والتعديل معاً (٢٨)، وذلك فيما إذا اشترك اثنان في جنسين مثليين مختلفي القيمة والمقدار وكانت قيمة أقلهما مساوية لقيمة أكثرهما، كما إذا كان بين اثنين وزنة من حنطة ووزنتان من شعير وكانت قيمة وزنة من حنطة مساوية لقيمة وزنتين من شعير فاذا قسم المجموع بجعل الحنطة سهماً يكون من قسمة التعديل، وإذا قسم كل منهما منفرداً يكون من قسمة افرازه (٢٩)، وقد تجري فيها قسمة الافراز والرد معاً كما في المثال السابق إذا فرض كون قيمة الحنطة خمسة عشر درهماً وقيمة الشعير عشرة، وقد تجري فيها قسمة التعديل مع قسمة الرد كما إذا كان بينهما ثلاثة أغنام أحدها يقوم بعشرة دنانير واثنان منها كل منهما بخمسة فيمكن أن يجعل الأول سهماً والآخران سهماً فتكون من

---

(٢٥) لأن المفروض أن المورد مشاع بين الشريكين أو الشركاء وأنه من جنس واحد فتتعين حينئذٍ قسمة الأفراز فقط، وكذا في جميع المثليات.

(٢٦) لأن المفروض أن مورد القسمة قيمي وليس بمثلي، كما أن المفروض اختلاف قيمة مورد الشركة فلا يمكن إلا قسمة التعديل.

(٢٧) لفرض اختلاف القيمة، ولا يمكن تعيين حق الشركاء إلا برد ما يتدارك به حقه وتتساوى الحقوق هذه كلها مما يختص المورد بقسمة واحدة، وهي ثلاثة أقسام كما مر.

(٢٨) هذا شروع في بيان ما يمكن أن يجري فيه قسمين من ما تقدم من صور القسمة.

(٢٩) والوجه فيهما يعلم مما مر فلا وجه للتكرار بالإعادة.

قسمة التعديل، وإن يجعل الأول مع واحد من الآخرين سهماً والآخر منهما مع عشرة دنانير سهماً فتكون من قسمة الرد، وقد تجري فيها كل من قسمتي الافراز والرد، كما إذا كان بينهما وزنة حنطة كانت قيمتها اثنى عشر درهماً مع وزنة شعير قيمتها عشرة فيمكن قسمة الافراز بتقسيم كل منهما منفرداً وقسمة الرد بجعل الحنطة سهماً والشعير مع درهمين سهماً.

وقد تجري الاقسام الثلاثة كما إذا اشترك اثنان في وزنة حنطة قيمتها عشرة دراهم مع وزنة شعير قيمتها خمسة ووزنة حمص قيمتها خمسة عشر، فاذا قسمت كل منها بانفرادها كانت قسمة إفراز، وإن جعلت الحنطة مع الشعير سهماً والحنطة مع عشرة دراهم سهماً كانت قسمة الرد، ولا إشكال في صحة الجميع مع التراضي (٣٠)، وأما قسمة الرد مع إمكان غيرها فقد يشكل في صحتها بعد التراضي، وقالوا: يحتاج بعد ذلك إلى صلح أو هبة والإشكال ضعيف (٣١)، وإن كان الأحوط التراضي بالصلح أو

---

(٣٠) لقاعدة السلطنة، وتحقق التراضي، وظهور الإجماع.

(٣١) خلاصة الإشكال فيها: انها حيث تشتمل على الرد والعوض تكون من المعاوضات، فتحتاج إلى ما تحتاج اليه سائر المعاوضات من الإيجاب والقبول وسائر شرائط صحتها ولزومها، ومع عدم الايجاب والقبول تصير من المعاطاة ولا تلزم إلا بعد التصرف، ومع عدم معلومية العوضين تبطل أصلاً فلا وجه لأصل الصحة حينئذٍ إلا بعد التعديل والقرعة والرضاء بعد القرعة، ونسب هذا القول إلى جمع منهم الشيخ الطوسي والشهيد قدس سرهما.

وفيه: أن القسمة والمعاوضة عنوانان مختلفان لغة وعرفاً وشرعاً كما مر.

ومطلق الاشتمال على الرد أعم من كونها معاوضة اصطلاحية.

ونِعمَ ما قال في الجواهر: «وكأنه اشتبه عليهم العوض والمعاوضة المصطلحة، ولا ريب في الفرق بينهما وأقصى ما في قسمة الرد الأول لا الثاني

الهبة (٣٢).

(مسألة ٨): لا يعتبر في القسمة تعيين مقدار السهام بعد إن كانت معدلة (٣٣)، فلو كانت صبرة من حنطة مجهولة الوزن بين ثلاثة أقسام معدلة بمكيال مجهول المقدار، أو كانت بينهم عرصة متساوية الأجزاء فجعلت ثلاثة أجزاء متساوية بخشبة أو حبل لا يدري كمية ذراعها صحت القسمة (٣٤).

(مسألة ٩): إذا طلب أحد الشريكين القسمة بأحد أقسامها ليس للآخر الامتناع عنها (٣٥)، ومع الامتناع يجبر عليها (٣٦).

كما هو واضح بأدنى تأمل.

نعم، لو لم نقل بأنها من أفراد القسمة بل هي قسمة ومعاوضة اعتبر حينئذٍ قصد معاوضة خاصة وتعين المعوض عنه وغير ذلك مما في تلك المعاوضة التي يتفقان على انشائها»، فراجع وتأمل فيه على طوله.

(٣٢) خروجاً عن خلاف من اعتبر ذلك.

(٣٣) لفرض تحقق التراضي والتعادل بما يأتي من الكيفية فلا وجه للتعيين بعد ذلك، ومقتضى الأصل عدمه.

(٣٤) إذ المقصود فيها التعادل والتراضي وقد حصلا، والمفروض انها ليست ببيع ولا معاوضة.

(٣٥)أما جواز مطالبة الشريك للقسمة فلقاعدة السلطنة، وأما عدم صحة امتناع الشريك الآخر فلأنه تفويت لحق الغير وتضييق لسلطنته بلا مجوز شرعي.

(٣٦) لأن ذلك من صغريات النهي عن المنكر، ومن الأمور الحسبية التي لابد من قيام الحاكم الشرعي بها، ومع عدم إمكان التوصل إليه يتصدى ذلك الثقات من أهل الخبرة، وتسمى هذه القسمة «قسمة الإجبار» كما تقدم.

نعم، لو استلزمت القسمة ضرراً على الشريك الآخر لا تصلح القسمة إلا برضاه (٣٧)، فإذا كان المال المشترك مما لا يمكن فيه إلا قسمة الافراز أو التعديل من دون ضرر في البين أجبر الممتنع (٣٨)، كما إذا كان شريكين في أنواع متساوية الاجزاء ـ كالحنطة والشعير والتمر والزبيب ـ وطلب أحدهما قسمة كل نوع بانفراده قسمة الافراز أجبر الممتنع، وكذا إن طلب قسمتها بالتعديل ما لم يكن ضرر في البين، وإن كان الأحوط التراضي في الأخير (٣٩)، وكذا الكلام في الأرض والدار و الدكان ونحوها إذا كانت متساوية الأجزاء فيجري فيها قسمة الرد والتعديل ويجبر الممتنع مع عدم الضرر.

---

(٣٧) لقاعدة «نفي الضرر والضرار» وتسمى هذه القسمة «قسمة التراضي» كما تقدم، ولو كان عدم القسمة أيضاً ضرراً على الشريك الآخر يلاحظ أقوى الضررين، والمرجع في تشخيص الضرر ثقات أهل الخبرة وأهل المعرفة بالشيء المقسوم.

ثم أنه يظهر عن جمع أنه لو اشتملت القسمة على الرد يجوز لمن يلزمه الرد من الشريكين الامتناع عن القسمة ولا يجبر عليها.

وفيه: انه لا موضوع للرد من حيث هو بل المناط كله تحقق الضرر، وتقدم أن القسمة مطلقاً ليست من المعاوضة الاصطلاحية وإن اشتملت على الرد ولكن الأحوط التراضي.

(٣٨) لفرض عدم الضرر في البين،.وحينئذٍ يجبر الممتنع لإحقاق حق الغير وايصال حقه اليه، وقد مر أن الأحوط في قسمة التعديل مطلقاً التراضي، سواء كان ذلك قبل القسمة أو حينها أو بعدها.

(٣٩) خروجاً عن مخالفة القول بكون قسمة الرد في معنى المعاوضة فيحتاج الى تراضي الطرفين، وقد مر ضعفه فراجع.

(مسألة ١٠): الدار ذات العلو والسفل المشتركة لابد من قسمتها بحيث لا يتضرر أحد الشركاء لا من حيث قرار البناء ولا من حيث الهواء بحسب نظر الثقات من أهل الخبرة بهذه الأمور بأي نحو رأوا ذلك، فإن تراضوا بذلك وإلا يجبر الممتنع مع عدم ضرر في البين (٤٠)، وكذا في دار ذات بيوت أو خان ذات حُجر بين الشركاء، وطلب بعض الشركاء القسمة أجبر الباقون مع عدم الضرر (٤١).

(مسألة ١١): إذا كانت بين الشركاء أرض مشتملة على نخيل وأشجار فقسمتها بما فيها بالتعديل (٤٢) تكون قسمة إجبار فإذا طلبها أحد الشركاء يجبر الآخر إن لم يكن ضرر في البين (٤٣).

---

(٤٠) لأن المرجع في تشخيص هذه الأمور الخبراء الثقات من المهندسين والمعمارين من تثبتهم وتأملهم في إحقاق الحقوق، ويختلف ذلك بحسب الخصوصيات والأمكنة وسائر الجهات، وليس تعيين ذلك من شأن الفقيه، ومع عدم إمكان الوصول إليهم وتعاسر الشركاء لابد من التصالح والتراضي والرجوع الى الحاكم الشرعي فيقطع نزاعهم بالقرعة.

(٤١) لقاعدة السلطنة ولزوم ايصال كل ذي حق الى حقه من باب الحسبة وأما مع الضر كما إذا كان الشركاء كثيراً والمحل ضيقاً فلا موضوع للإجبار، لقاعدة نفي الضرر والضرار فلابد من التصالح والتراضي بأي وجه اتفقوا عليه.

نعم، لو لم يتصالحوا أيضاً يجبرهم الحاكم على التخلص بما يوجب النزاع.

(٤٢) بأن تكون القسمة فيها بحسب القيمة كما مر من أن هذا هو المراد بقسمة التعديل.

(٤٣) لما مر في سابقه من غير فرق، وأما مع الضرر فلابد من التراضي وتسمى بـ«قسمة التراضي» حينئذٍ.

(مسألة ١٢): إذا كانت بين الشركاء أرض مزروعة يجوز قسمة كل من الأرض والزرع ـ قصيلاً كان أو سنبلاً ـ على حدة (٤٤)، وتكون القسمة قسمة إجبار (٤٥)، وأما قسمتهما معاً فهي قسمة تراضٍ (٤٦) لا يجبر الممتنع عليها إلا إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر فيها فيجبر عليها(٤٧).

هذا إذا كان الزرع قصيلاً أو سنبلاً (٤٨)، وأما إذا كان حباً مدفوناً أو مخضراً في الجملة ولم يكمل نباته (٤٩)، فلا إشكال في قسمة الأرض وحدها وبقاء الزرع على اشاعته (٥٠)، كما إنه لا يجوز قسمة الزرع مستقلاً (٥١).

---

(٤٤) للأصل، ولقاعدة السلطنة.

(٤٥) لفرض عدم الضرر في البين فيجبر الممتنع حينئذٍ من باب قاعدة لزوم احقاق الحق، ولو فرض وجود الضرر فلابد من التراضي.

(٤٦) لأنها غالباً إما مستلزمة للرد أو للضرر مع عدمه فيتعين التراضي حينئذٍ، ولا وجه لإجبار الممتنع إذ لا وجه لإجبار الممتنع عن الضرر على التضرر.

(٤٧) لفرض عدم الضرر حينئذٍ فيتحقق موضوع قسمة الإجبار.

(٤٨) لتحقق القسمة في الأرض والزرع معاً وفي كل منهما وحده حينئذٍ، فيتحقق موضوع ما ذكر من القسمة.

(٤٩) بحيث لم تكن ماليته معينة بنظر أهل الخبرة ولم يكن طريق معتبر إلى ذلك لديهم.

(٥٠) أما صحة قسمة الأرض فلوجود المقتضي لها وفقد المانع عنها، وأما بقاء الزرع على اشاعته فللأصل.

(٥١) لمكان الجهالة وعدم تعيين حصة الشركاء بوجه معتبر.

نعم، يجوز قسمة الأرض بزرعها بحيث يجعل الزرع من توابعها(٥٢)، ولكن الأحوط قسمة الأرض وحدها والتصالح والتراضي بالنسبة إلى الزرع (٥٣).

(مسألة ١٣): لو كانت بين الشركاء دكاكين متعددة ـ متجاورة أو منفصلة ـ فإن أمكن قسمة كل منها بانفراده وطلبها بعض الشركاء وطلب بعضهم قسمة بعضها في بعض بالتعديل لكي يتعين حصة كل منهم في دكان تام أو أزيد يقدم ما طلبه الأول مع عدم الضرر (٥٤)، وحينئذٍ فيجبر البعض الآخر (٥٥).

نعم إذا انحصرت القسمة الخالية عن الضرر في النحو الثاني يجبر الأول (٥٦).

---

(٥٢) لتعين حصة الشركاء حينئذٍ، وانما الجهالة فيما هو تابع محض ولا تضر الجهالة فيه.

(٥٣) جموداً على لزوم تعين الحصة حتى في التابع من المقسوم.

(٥٤) لأنها أملاك متعددة عرفاً ولكل واحد منها خصوصية خاصة لا توجد في الآخر فلا يضم بعضها إلى بعض، فليست مثل الأرض بحيث يكون المجموع منها كملك واحد، وكذا الحنطة أو الشعير أو نحوهما مما هو متساوي الاجزاء.

(٥٥) لفرض عدم كون القسمة مستلزمة للضرر فيتحقق موضوع الإجبار على ايصال الحق إلى صاحبه وعدم تعطيله.

(٥٦) لوجوب إيصال الحق الى صاحبه وعدم تعطيله، والمفروض انحصار عدم الضرر فيه فيتحقق موضوع الإجبار لا محالة، ولو كانت كل من القسمتين خالية عن الضرر فالحكم هو التخيير، ولو امتنع مع ذلك أحدهما يجبره الحاكم من باب الحسبة.

(مسألة ١٤): لو كان بين الشركاء ما لا تقبل القسمة الخالية عن الضرر كالحمام ونحوها لم يجبر الممتنع (٥٧).

نعم، لو أمكن تدارك الضرر بوجه صحيح عرفي يجبر حينئذٍ (٥٨).

(مسألة ١٥): لو كان حصة أحد الشركاء العشر مثلاً وهو لا يصلح للانتفاع بها ويتضرر بالقسمة دون باقي الشركاء، فلو طلب هو القسمة لغرض صحيح يجبر البقية (٥٩) ولم يجبر هو لو طلبها الآخرون (٦٠).

(مسألة ١٦): المرجع في تحقق الضرر متعارف أهل الخبرة، فيكفي فيه نقصان في العين أو في القيمة بسبب القسمة بما لا يتسامح فيه عادة بالنسبة إلى المال المقسوم وإن لم يسقط المال عن قابلية الانتفاع بالمرة(٦١).

---

(٥٧) لأن مورد الإجبار ما إذا لم يكن ضرر في البين والمفروض تحققه فلا موضوع له حينئذٍ.

(٥٨) لتحقق موضوع الإجبار حينئذٍ لفرض إمكان تدارك الضرر فيكون وجوده كالعدم.

(٥٩) لفرض عدم الضرر بالنسبة إليهم فيتحقق موضوع الإجبار لا محالة.

(٦٠) لفرض تحقق الضرر فلا وجه لإجباره.

نعم، لو لزم الضرر على الآخرين من عدم القسمة يلاحظ أقوى الضررين حينئذٍ، ومع التساوي يصح الإجبار.

(٦١) لقاعدة أن «كل ما لم يرد فيه تحديد من الشارع لابد وأن يرجع فيه إلى العرف»، كما تقدم مكرراً والمقام كذلك إذ لم يرد تحديد شرعي للضرر فيما نحن فيه، فلابد وإن يرجع إلى العرف فمع الحكم بالضرر لا يتحقق موضوع الإجبار، ومع حكمه بعدم الضرر يصح الإجبار، ومع الشك فيه وفي عدمه فمقتضى عموم قاعدة «السلطنة» وقاعدة «لزوم أحقاق الحق» مطلقاً صحة

(مسألة ١٧): لابد في القسمة من تعديل السهام (٦٢) ثم القرعة(٦٣).

الإجبار، ولكن الأحوط التراضي والتصالح.

(٦٢) لأن هذا من مقومات القسمة ولا تتحقق إلا بذلك فهو مع كونه مقوماً لها يكون مورد إجماع الفقهاء أيضاً.

(٦٣) البحث في القرعة من جهات:

الأولى: في اعتبار اصل القرعة. ولا ريب في اعتبارها في الجملة بالأدلة الثلاثة، فمن الكتاب ما ورد في قصتي كفالة مريم[١]، والقاء يونس في البحر[٢]، ومن السنة نصوص مستفيضة بين العامة[٣]، والخاصة منها قول أبي الحسن عليه السلام: «كل مجهول ففيه القرعة»[٤]، وعن أبي جعفر عليه السلام: «ليس من قوم تقارعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج سهم المحق»[٥]، وعن الصادق عليه السلام: «القرعة سنة»[٦]، الى غير ذلك من الاخبار.

ومن الإجماع إجماع الإمامية ـ بل المسلمين ـ على اعتبارها في الجملة، والظاهر صحة دعوى جريان بناء العقلاء على التمسك بها في الحيرة المطلقة فتصير الأدلة أربعة، فلا وجه لما نسب إلى بعض من أنها نحو من القمار.

ثم ان الظاهر عدم اختصاص القرعة بخصوص المسلمين بل هي دائرة بين الناس في الجملة على ما نقل.

نعم، تختلف كيفية الاستقراع كما ان الظاهر انه ليست لها كيفية خاصة، بل تحصل بكلما حصلت به استخراج المجهول بإيكال الأمر إلى ما هو خارج عن

---

(١) وهي قوله تعالى: «وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم» سورة آل عمران: ٤٤.

(٢) كما في قوله تعالى: «فساهم فكان من المدحضين» سورة الصافات: ١٤١.

(٣) راجع سنن ابن ماجة باب: ٢٠ من كتاب الأحكام.

(٤) (٥) (٦) الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية الحكم ١١و ٦و ١.

الاختيار، وما ورد في بعض الأخبار[١] من الكيفية انما هي من باب بيان احدى الطرق والمصاديق، وإلا فالإطلاقات الواردة فيها غير قابلة للتقييد بذلك.

الثانية: لا ريب في ان موردها الشبهات الموضوعية المطلقة من كل حيثية وجهة على نحو تنقطع اليد عن كل أمارة وقاعدة وأصل واجتهاد ظني، ومع ذلك لابد من الإنجبار بعمل الأصحاب في مورد جريانها لأن تشخيص موردها صعب جداً على الفقيه فضلاً عن غيره.

الثالثة: هل تكون لها موضوعية خاصة في القسمة وتكون شرطاً لصحتها ولو مع رضاء الشركاء بالقسمة بدونها، بحيث لو عدلت السهام وحصل التراضي من كل جهة ـ حدوثاً وبقاءً ـ لا تحصل القسمة إلا بالقرعة أو أنها طريق محض لقطع التنازع لو وقع نزاع في البين وانحصر رفعه بالقرعة وتراضيا عليها؟ الحق هو الأخير لإطلاق قوله تعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض**﴾[٢]، الدالة على كفاية التراضي مطلقاً.

والقسمة وإن لم تكن تجارة لكن يستفاد من الآية الكريمة أن المناط كله في حلية الماليات التراضي وذكر التجارة من باب الغالب، ولقاعدة «السلطنة»، وقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»[٣]، وإطلاق ما ورد في قسمة الدين كخبر غياث عن علي عليه السلام: «في رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما الذي بأيديهما، وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى أحدهما ولم يقتض الآخر قال عليه السلام: ما أقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما»[٤]، ومثله غيره فإن عدم ذكر القرعة يكشف عن كفاية الرضاء بالقسمة مطلقاً ولو بدون القرعة، وعن صاحب الجواهر اشتراط صحة القسمة بالقرعة

---

(١) راجع الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية الحكم: ١٩.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

(٤) الوسائل باب: ٦ من أبواب أحكام الشركة: ١.

أما كيفية التعديل (٦٤)

ولم يأت بدليل إلا المصادرة فراجع وتأمل.

الرابعة: ليس عند الإمامية شيء تكون له موضوعية خاصة في اثبات مؤداه من الأمارات والقواعد والبينات والايمان والقضاء والفتوى والأصول مطلقاً وغيرها، بل جمعيها قد تصيب الواقع وقد تخطئ فما ورد في القرعة من أنه «ما تنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عزوجل إلا خرج سهم المحق»[1]، ومثله ما تقدم عن أبي جعفرعليه السلام وخبر ابن حكيم قال: «سألت أبا الحسنعليه السلام عن شيء، فقال لي: كل مجهول ففيه القرعة، قلت له: أن القرعة تخطئ وتصيب، قال: كل ما حكم الله به فليس بمخطئ»[2]، فلابد من حمل لها على اعتبار القرعة في الحكم الظاهري وقطع النزاع وفصل الخصومة لا الأصابة الدائمية بالنسبة إلى الحكم الواقعي، كما ورد في قولهمعليه السلام بالنسبة إلى الحاكم الشرعي بأن الراد عليه «كالراد علينا»[3].

(٦٤) لا يخفى أن الشركاء إما أن يكونوا قد تساوت حصصهم أو لا، وكل منهما إما في متساوي الأجزاء من حيث القيمة أو لا، فالأقسام أربعة:

الأول: التعديل على قدر السهام المتساوي في الحصص والقيمة، وتتحقق ذلك في متفقة الأجزاء بحسب القيمة.

الثاني: التعديل بحسب القيمة فيما إذا تساوت الحصص قدراً لا قيمة، كما في مختلفة الأجزاء من حيث القيمة مع كون الحصص متساوية فتعدل السهام من حيث القيمة لانحصار عدم الضرر فيه حينئذٍ.

الثالث: التعديل بحسب أقل السهام، كما إذا اختلفت الحصص في متفقة الأجزاء كما اذا كان لأحدهم النصف وللآخر الثلث و الثالث السدس وكان

---

(١) (٢) الوسائل باب: ١٣ من أبواب كيفية الحكم: ١٣و ٥و ١١.

(٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب كيفية الحكم: ١.

فإن كانت حصص الشركاء متساوية (٦٥) ـ كما إذا كانوا أثنين ولكل منهما نصف أو ثلاثة ولكل منهم ثلث وهكذا ـ يعدل السهام بعدد الرؤوس، فيجعل سهمين متساويين إن كانوا اثنين، وثلاثة أسهم متساويات إن كانوا ثلاثة، وهكذا ويعلّم كل سهم بعلامة تميزه عن غيره فإذا كانت قطعة أرض متساوية الأجزاء بين ثلاثة مثلاً تجعل ثلاث قطع متساوية بحسب المساحة ويميز بينها أحداها الأولى والأخرى الثانية والثالثة الثالثة، وإذا كانت دار مشتملة على بيوت بين أربعة مثلاً تجعل أربعة أجزاء متساوية بحسب القيمة وتميز كل منهما بمميز، كالقطعة الشرقية والغربية والشمالية والجنوبية المحدودات بحدود كذائية.

وإن كانت الحصص متفاوتة ـ (٦٦) كما إذا كان المال بين ثلاثة سدس لعمرو وثلث لزيد ونصف لبكر ـ يجعل السهام على أقل الحصص، ففي المثال تجعل السهام ستة معلمة كل منها بعلامة كما مر.

وأما كيفية القرعة (٦٧) ففي الأول ـ وهو فيما إذا كانت الحصص إن متساوية ـ تؤخذ رقاع بعدد رؤوس الشركاء رقعتان إذا كانوا أثنين وثلاث

المورد متفقة الاجزاء من حيث القيمة، ومقتضى القاعدة فيه التعديل بحسب أقل السهام فتعدل القسمة حينئذٍ أسداساً، هذا اذا لم يكن فيه كسر وإلا تعدل القسمة بعدد ينطبق عليها كما إذا كان النصف في مفروض المسألة لاثنين فأنه لا تصح القسمة حينئذٍ أسداساً، بل يتحقق التعديل حينئذٍ بتقسيمها باثنى عشر جزءً لأنه الذي فيه الثلث والسدس والربعان صحيحاً.

(٦٥) هذا هو القسم الأول الذي ذكرناه.

(٦٦) هذا هو القسم الثالث الذي تعرضنا له.

(٦٧) للقرعة طرق وانحاء وهذه الطريقة التي ذكرها سيد مشائخنا في وسيلته أحسنها وأخصرها اكتفينا بها.

كانوا ثلاثة وهكذا، ويتخير بين أن يكتب عليها اسماء الشركاء (٦٨) على إحداها زيد وأخرى عمرو وثالثة بكر مثلاً، أو اسماء السهام على إحداها أول وعلى أخرى ثاني وعلى الأخرى ثالث مثلاً، ثم تشوش وتستر ويؤمر من لم يشاهدها فيخرج واحدة واحدة، فإن كتب عليها اسم الشركاء يعين السهم الأول ويخرج رقعة باسم ذلك السهم قاصدين أن يكون هذا السهم لكل من خرج اسمه، فكل من خرج اسمه يكون ذلك السهم له ثم يعين السهم الثاني، ويخرج رقعة أخرى لذلك السهم فكل من خرج أسمه كان السهم له وهكذا وإن كتب عليها اسم السهام يعين أحد الشركاء ويخرج رقعة فكل سهم خرج اسمه كان ذلك السهم له ثم يخرج رقعة أخرى لشخص آخر وهكذا.

وأما في الثاني ـ وهو ما كانت الحصص متفاوتة كما في المثال المتقدم الذي قد تقدم انه يجعل السهام على أقل الحصص وهو السدس ـ يتعين فيه أن تؤخذ الرقاع بعدد الرؤوس يكتب مثلاً على إحداها زيد وعلى الأخرى عمرو وعلى الثالثة بكر وتستر كما مر، ويقصدان كل من خرج اسمه على سهم كان له ذلك مع ما يليه بما يكمل تمام حصته ثم يخرج إحداها على السهم الأول فإن كان عليها اسم صاحب السدس تعين له، ثم يخرج أخرى على السهم الثاني فإن كان عليها اسم صاحب الثلث كان الثاني والثالث له، ويبقى الرابع والخامس والسادس لصاحب النصف ولا يحتاج إلى إخراج الثالثة، وإن كان عليها اسم صاحب النصف كان له الثاني والثالث والرابع، ويبقى الأخير لصاحب الثلث، وإن كان ما خرج

---

(٦٨) لإطلاق أدلة القرعة الشامل لجميع ذلك مضافاً الى ما يأتي في المسألة التالية من أنه ليست لها كيفية خاصة، وإنما المناط كله قطع النظر عن

على السهم الأول صاحب الثلث كان الأول والثاني له، ثم يخرج أخرى على السهم الثالث فإن خرج اسم صاحب السدس كان ذلك له، ويبقى الثلاثة الأخيرة لصاحب السدس، وإن خرج صاحب النصف كان الثالث والرابع والخامس له ويبقى السادس لصاحب السدس، وقس على ذلك غيرها.

(مسألة ١٨): الظاهر إنه ليست للقرعة كيفية خاصة (٦٩) وإنما يكون كيفيتها منوطة بمواضعة القاسم والمتقاسمين بإناطة التعين بأمر ليس لإرادة المخلوق مدخلية مفوضاً للأمر إلى الخالق جل شأنه، سواءً كان بكتابة رقاع أو إعلام علامة في حصاة أو نواة أو ورق أو خشب أو غير ذلك.

(مسألة ١٩): الأقوى إنه إذا بنوا على التقسيم وعدلوا السهام وأوقعوا القرعة قد تمت القسمة ولا يحتاج إلى تراض آخر بعدها (٧٠) فضلاً عن انشائه، وإن كان هو الأحوط في قسمة الرد (٧١).

الأختيار وإيكال الأمر الى الله تعالى.

(٦٩) للأصل والإطلاق ولتحقق المقصود مع التراضي بغير ما ذكره الفقهاء أيضاً بعد إيكال الأمر إلى الله تعالى.

(٧٠) لإطلاق أدلة القسمة والقرعة، و أصالة عدم اعتبار رضاء مستأنف بعد عدم الدليل عليه.

وتوهم: أن القرعة إنما هو لتمييز ذوي الحقوق وتمييز حقهم، فلابد بعد ذلك في صحة التصرف من رضاء جديد لاستصحاب بقاء منع التصرف.

مدفوع: بأنه بعد رضائهم أولا بالتمييز ورضائهم بالقرعة وإيكال الأمر الى الله تعالى تكون القرعة كالعقد الواقع بينهم، فيكون اعتبار الرضاء المستأنف بعد ذلك من اللغو الباطل فهو مثل ما إذا قيل بأنه لابد في البيع مثلاً من رضاء مستأنف بعد تمامية العقد والفراغ منه.

(٧١) خروجاً عن خلاف من اعتبر الرضاء المستأنف، وخروجاً عن

(مسألة ٢٠): إذا طلب بعض الشركاء المهاياة في الانتفاع بالعين المشتركة أما بحسب الزمان بأن يسكن هذا في شهر وذاك في شهر مثلاً.

وأما بحسب الأجزاء بأن يسكن هذا في الفوقاني وذاك في التحتاني مثلاً لم يلزم على شريكه القبول ولم يجبر إذا امتنع (٧٢).

نعم يصح مع التراضي (٧٣) لكن ليس بلازم (٧٤) فيجوز لكل منهما الرجوع هذا في شركة الأعيان، وأما في شركة المنافع فينحصر إفرازها بالمهايات (٧٥) لكنها فيها أيضاً غير لازمة (٧٦).

نعم، لو حكم الحاكم الشرعي بها في مورد لأجل حسم النزاع والجدال يجبر الممتنع وتلزم (٧٧).

خلاف من جعل قسمة الرد بيعاً، وقد تقدم منعه فراجع.

(٧٢) للأصل وقاعدة السلطنة هذا إذا أمكنت القسمة بحيث يكون لكل منها نصيب من العلو والسفل بحسب التعديل، وأما إن لم يكن ذلك فيجب عليه القبول ويجبر عليه مع الامتناع لوجوب احقاق الحق وانحصاره فيه حينئذٍ.

(٧٣) لوجود المقتضى للصحة حينئذٍ ـ وهو التراضي ـ وفقد المانع عنها.

(٧٤) لأنه من مجر د التباني والتراضي وليس بعقد حتى تشمله أصالة اللزوم في العقد فمقتضى قاعدة السلطنة والأصل جواز الرجوع لكل منهما.

(٧٥) لعدم إمكان تقسيمها غالباً إلا بذلك.

نعم، يمكن فرض قسمة المنفعة بحسب الأجزاء في بعض الموارد كما إذا استأجرا مثلاً آلة لأجل الاستفادة من حرارتها أو برودتها، فيمكن التقسيم بأن توضع في محل على أن يكون طرف اليمين مثلاً لأحد واليسار مثلاً لآخر.

(٧٦) لقاعدة السلطنة، وأصالة صحة الرجوع وأرسل ذلك في الدروس والروضة واللمعة إرسال المسلمات.

(٧٧) لوجوب انفاذ حكم الحاكم وعدم جواز نقضه كما يأتي في كتاب

(مسألة ٢١): القسمة في الأعيان إذا وقعت وتمت لزمت (٧٨)، وليس لأحد من الشركاء أبطالها وفسخها (٧٩) بل ليس لهم فسخها وأبطالها بعنوان الإقالة (٨٠).

نعم، يجوز التبادل بعنوان البيع (٨١) كما يجوز تغيير القسمة في ضمن عقد لازم (٨٢).

(مسألة ٢٢): لا تشرع القسمة في الديون المشتركة (٨٣) فاذا كان

القضاء إن شاء الله تعالى.

(٧٨) لافراز الحق بالتراضي وتحقق السلطنة المطلقة من كل جهة لكل واحد من الشركاء على ماله، ولا معنى للسلطنة المطلقة إلا دفع المزاحم والمنافي كما انه لا معنى للزوم إلا هذا.

(٧٩) لأصالة عدم ثبوت هذا الحق بعد زوال السلطنة الأولية بالافراز المقرون بالتراضي.

(٨٠) لعدم جريان الإقالة في غير البيع.

(٨١) لعموم أدلة البيع والصلح الشامل للمقام أيضاً.

(٨٢) لعموم أدلة الشرط الشامل لهذا بعد عدم كونه مخالفاً للكتاب والسنة.

(٨٣) لما يأتي من النص، ولأصالة عدم تعين ما أخذه أحدهما للآخذ، وأصالة بقائه على ملك الدافع لأن المشترك بينهما كلي ضرورة تلازم ملك كل منهما بالقبض على ملك الآخر، فليس لكل منهما نصف مستقل عن الآخر حتى يتعين له بقبضه فقط.

هذا مضافاً إلى ظهور الإجماع إلا من ابن ادريس، وصحيح ابن خالد قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال عليه السلام: نعم ما يذهب

لزيد وعمرو معاً ديون على الناس بسبب يوجب الشركة كالإرث فأرادا تقسيمها قبل استيفائها فعدلا بين الديون وجعلا ما على الحاضر مثلاً لأحدهما وما على البادي لأحدهما لم يفرز بل تبقى إشاعتها فكل ما حصل كل منهما يكون لهما وكل ما يبقى على الناس يكون بينهما (٨٤).

نعم، لو اشتركا في دين على أحد واستوفى أحدهما حصته بأن قصد كل من الدائن والمديون أن يكون ما يأخذه وفاء وأداءً لحصته من الدين المشترك الظاهر تعينه له وبقاء حصة الشريك في ذمة المديون (٨٥).

(مسألة ٢٣): لو أدعى أحد الشريكين الغلط في القسمة أو عدم التعديل فيها وأنكر الآخر لا تسمع دعواه إلا بالبينة (٨٦)، فإن اقامها على

بماله»[(١)]، وموثق ابن سنان عنه عليه السلام أيضاً: «عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين، فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للآخر أيرد على صاحبه؟ قال عليه السلام: نعم ما يذهب بماله»[(٢)]، ومثله غيره، وعن ابن ادريس الاستدلال على مدعاه بأنه يجوز ابراز أحد الشريكين أو هبته لحصته فيجزي قبضه أيضاً، وأما الأخبار فهي أخبار آحاد لا اعتبار بها.

وفيه: ان الأول قياس لا اعتبار به، والأخبار بين صحيح وموثق فلا وجه لردها.

(٨٤) كما هو مورد النصوص المتقدمة ومورد كلمات الفقهاء.

(٨٥) لانصراف النصوص السابقة عنه وكون المتيقن من الإجماع غيره، ولا ريب فيه إن كان ذلك بنحو التصالح، وأما مع عدمه فمقتضى إطلاق ما مر من النصوص عدم تحقق القسمة فيه أيضاً.

(٨٦) لأصالة عدم ترتب الأثر إلا بثبوته شرعاً، وهو منحصر في المقام ببينة المدعي أو يمين المنكر.

---

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الشركة: ٢.

دعواه نقضت القسمة واحتاج إلى قسمة جديدة (٨٧)، وإن لم يكن بـينة كان له احلاف الشريك (٨٨).

(مسألة ٢٤): إذا قسم الشريكان فصار في حصة هذا بيت وفي حصة الآخر بيت آخر، وقد كان يجري ماء أحدهما على الآخر لم يكن للـثاني منعه إلا إذا اشترطا حين القسمة رد الماء عنه، ومثل ذلك لو كان مسـلك البيت الواقع لأحدهما في نصيب الآخر من الدار (٨٩).

(مسألة ٢٥): لا يجوز قسمة الوقف بين الموقوف عليهم (٩٠) إلا إذا وقع تشاح بينهم مؤدياً إلى خرابه لايرتفع غائلته إلاالقسمة (٩١).

نعم، يصح قسمة الوقف عن الطلق (٩٢) بأن كان ملك واحد نصفه

---

(٨٧) لكشف البينة عن عدم تحقق القسمة حقيقة لأن فائدتها تمييز الحق وثبت بالبينة عدم حصوله.

(٨٨) لانحصار قطع النزاع في اقامة البينة أو الحلف، ومع عـدم الأولى تتعين الثانية كما في جميع موارد تحقق المدعي والمنكر هذا إذا كانت القسمة بنظر الشريكين وكانا مباشراً لها، وأما إن كانت القسمة بتعيين حاكم الشرع قاسماً معيناً ففي أدعاء الغلط على القاسم يرجع إلى الحاكم الشرعي المعين له.

(٨٩) كل ذلك لأن القسمة مبنية على عدم الضرر بالنسبة إلى أحد الشركاء فيما اقتسم ومعه تبطل القسمة إلا اذا رضى بالضرر وأقدم عليه بإختياره فتصح القسمة حينئذٍ، وسيأتي في كتاب أحياء الموات بعض الكلام إن شاء الله تعالى.

(٩٠) لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين ولا ولاية للمتولى لذلك للأصل بعد عدم دليل على ثبوتها، مضافاً إلى ظهور إجماعهم على عدم الجواز.

(٩١) لدوران الأمر بين زوال أصل عنوان الوقف أو بـقائه فـي الجـملة وتقسيمه، والثاني أولى عرفاً وشرعاً بلا إشكال فيجوز قسمة الوقف فـي كـل مورد يجوز بيعه مع انحصار التخلص في القسمة.

(٩٢) أرسله في الجواهر إرسال المسلمات لإطلاق أدلة القسمة من غير ما

المشاع وقفاً ونصفه ملكاً، بل الظاهر جواز قسمة وقف عن وقف (٩٣)، وهو فيما إذا كان ملك بين اثنين فوقف أحدهما حصته على ذريته مثلاً والآخر حصته على ذريته فيجوز افراز أحدهما عن الآخر بالقسمة، والمتصدي لذلك الموجودون من الموقوف عليهم وولي البطون اللاحقة (٩٤).

(مسألة ٢٦): لو تحققت القسمة بين الشركاء ثم ظهر شريك آخر وكانت شركته بنحو الإشاعة تبطل القسمة (٩٥)، ولو ظهر بعد القسمة كون بعض المقسوم مستحقاً للغير وكان معيناً في حصة أحد الشريكين بطلت القسمة (٩٦)، ولو كان ذلك مشاعاً في حصص الشركاء بالسوية تصح القسمة (٩٧)، ولو قسّم الورثة تركة مورثهم ثم ظهر على الميت دين فإن أدوا الدين من غير الإرث تصح القسمة (٩٨)، وإلا فيباع من التركة ما يفي بالدين (٩٩).

يصلح للمنع، بل قال بصحتها ولو كانت مستلزمة للرد؛ والوجه إطلاق أدلة القسمة بعد عدم محذور في البين.

(٩٣) لوجود المقتضي ـ وهو ثبوت الحق والشركة، وإطلاق أدلة القسمة ـ وفقد المانع عنها من نص أو إجماع أو نحو ذلك، فلابد من الصحة.

(٩٤) لأصالة عدم ثبوت الولاية لهذه القسمة لغيرهم ومع التشاح والتنازع لابد من مراجعة الحاكم الشرعي.

(٩٥) لكشف ذلك عن عدم تحقق التعديل في السهام على ما هي عليها في الواقع.

(٩٦) لعدم تحقق التعديل فلا وجه للصحة.

(٩٧) لتحقق التعديل حينئذٍ.

(٩٨) لوجود المقتضى للصحة وفقد المانع عنها.

(٩٩) لانحصار طريق تفريغ ذمة الميت بذلك بعد كون الشركة متعلق حق

(مسألة ٢٧): تجري الفضولية في القسمة بأن يقسم مال الشركاء شخص أجنبي فأجازوا قسمته (١٠٠).

(مسألة ٢٨): لو نهى الوالد أولاده عن قسمة أموالهم وخالفوا وقسموا المال ففي بطلان القسمة وجهان؟ (١٠١).

(مسألة ٢٩): تبقى الشركة بين أربابها ما لم يقسم المال ولو كان عدم التقسيم لأجل مانع من الخوف من الظالم أو نحوه (١٠٢)، ولو أجبر الظالم الشركاء على القسمة فاقتسموا بينهم فمع تحقق طيب النفس بها تصح(١٠٣)، ومع عدمه تبقى الشركة بحالها (١٠٤).

(مسألة ٣٠): تجري القسمة في مثل المكائن والسيارات ونحوها لو كانت متعددة (١٠٥)، وأما لو انفردت وكانت مشتركة بين اثنين أو أكثر فتنحصر القسمة بالمهاياة حينئذٍ (١٠٦).

الديان في الجملة.

(١٠٠) لشمول دليل القسمة لهذه أيضاً بعد الاجازة.

(١٠١) من كون القسمة من مظاهر نهي الوالد فلا تصح، ومن أن النهي إنما هي تكليفي محض فتصح وان أثموا بالمخالفة، فلا يترك الاحتياط بالاسترضاء ولو بعد القسمة.

(١٠٢) لأصالة بقاء الشركة ما لم تتحقق القسمة.

(١٠٣) لوجود المقتضى وفقد المانع.

(١٠٤) للأصل فلا تترتب أقسام القسمة على مثل هذا التقسيم.

(١٠٥) لوجود المقتضى وفقد المانع وهي إما تعديل أو غيرها.

(١٠٦) لعدم جريان سائر أقسام القسمة فيها كما هو واضح.

بسم الله الرّحمٰن الرّحيم

كتاب المزارعة

الحمد لله الذي جعل الأرض مهاداً
وفراشاً وجعل الزرع للأنام قوتاً ومعاشا
والصلاة والسلام على خير البرية وآله الذين أصبح
الناس إلى موائد فضائلهم عطاشا.

المعروف في فن الأدب في المفاعلة انها لحاظ الفعل من حيث المساس بالغير، وينسب الفعل المشتق منها إلى مَن هو الأصيل ومع كون الأصالة في الطرفين يعبر عنه بالتفاعل، وظاهرهم أن المفاعلة قائمة بالطرفين؛ ولكن الاستعمالات الفصيحة القرآنية وغيرها تشهد بالخلاف قال تعالى: **﴿يخادعون الله والذين آمنوا﴾**[1]، وقوله تعالى: **﴿ومن يهاجر في سبيل الله﴾**[2]، وكذا قوله تعالى: **﴿شاقوا الله ورسوله﴾**[3]، إلى غير ذلك من الآيات المباركة، وكذا يقال: «ساعده التوفيق» و«بارزه بالمحاربة» و«عاجله بالعقوبة» إلى غير ذلك مما لا يصح فيها نسبة المادة إلى الطرفين.

فالحق ان هيئة المفاعلة لمجرد تعدية المادة وانهائها إلى الغير مثال ذلك

---

(١) سورة البقرة: ٩.

(٢) سورة النساء: ١٠٠.

(٣) سورة الأنفال: ١٣.

أن الكتابة لا تقتضي إلا تعدية المادة إلى المكتوب، فيقال: «كتب الحديث» من دون تعديتها إلى المكتوب إليه بخلاف كاتبه فأنه يدل على تعديتها إلى الغير. ولو أريد إفادة هذا المعنى في المجرد لقيل: «كتب إليه» فلا فرق بين كاتبه وكتب إليه من هذه الجهة لا أن يكون مفاد الأول كتابة الغير إليه أيضاً.

نعم، هيئة الفاعل تدل على نسبة متقومة بالطرفين كالمعاني الاضافية المتقومة بهما من الأبوة والبنوة ونحوهما، فمعنى المزارعة في المقام هو الفعل من حيث التعدية إلى الغير، سواء كان للغير دخل فيها مباشرة أو تسبيباً بأي نحو كان، كما ان الفاعل المزارع أيضاً كذلك فلا تعتبر فيه المباشرة وإن كان الغالب فيه المباشرة، وقد تعرضنا لبعض ذلك في أول كتاب المضاربة أيضاً.

ثم أن المزارعة كانت من هبوط آدم عليه السلام وستكون إلى انقراض العالم.

لأن بها قوام حياة الإنسان بل الحيوان وبها يقوم نظام المعاش والمعاد، وهي أول مبادئ النسل والحياة؛ وقد أهتم الله تعالى واعتنى بالزرع في القرآن العظيم بما لم يهتم ولم يعتن بشيء من مثله فَنَسبَ طبيعي الزرع إلى ذاته الأقدس وافتخر به ـ ولا يفتخر إلا بما هو راجح ـ قال تعالى: ﴿**أولم يروا أنا نسوق الماء إلى الأرض الجُرُزِ فنخرج به زرعاً**﴾(١)، وقال تعالى: ﴿**أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون**﴾(٢)، وقال تعالى: ﴿**الذي يخرج الخبء في السموات والأرض**﴾(٣)، والخبء بإطلاقه يشمل الزرع ـ كما سيأتي ـ والمعادن والكنوز.

والمزارعين أعرف بها من الفقهاء ـ خصوصاً في هذه الأزمان التي جعلت المزارعة من الفنون التي يهتمون بتعلمها وتعليمها، ويبحثون في جميع جهاتها ونواحيها ـ ويمكن بحسب التحليل أن تكون على أقسام:

---

(١) سورة السجدة: ١٧.

(٢) سورة الواقعة: ٦٤.

وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصة من حاصلها (١)، وتسمى مخابرة أيضاً ولعلها من الخبرة بمعنى النصيب ـ كما يظهر من مجمع البحرين (٢) ـ ولا إشكال في مشروعيتها (٣)، بل يمكن دعوى استحبابها، لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعم من المباشرة

الأول: بأن تكون كإجارة الأملاك فتقع المعاملة على الأرض للزراعة بحصة من حاصلها فتكون الحصة كأجرة الأرض، وقد تقدم الكلام فيه في (فصل لا يجوز إجارة الأرض لزرع الحنطة) من كتاب الإجارة.

الثاني: من قبيل إجارة النفس وتقبل بعض الأعمال فتكون الاجرة ـ وهو بعض الحاصل من الأرض ـ عوضاً للعمل، كما في الإجارة على سائر الأعمال.

الثالث: أن تكون معاملة مستقلة كما هو مرتكز الزارعين وظاهر عنوان الفقهاء حيث جعلوها عنواناً مستقلاً في عرض الإجارة.

الرابع: مشاركة خاصة بين المالك والعامل ولها أحكام خاصة تأتي الإشارة إليها في محلها، ولا بأس بكونها معاملة مستقلة للسيرة والأدلة الخاصة سواء كانت من سنخ المشاركات فتكون نحو تسبب إلى الاشتراك في النتيجة بما بنيا عليه. أو المعاوضات، وتصح بكل ما وقع عليه التراضي بحسب اختلاف الازمنة والأمكنة والمزروع ونحوها مع مراعاة ما تأتي من الشرائط.

ثم انه مع اختلاف موضوعي الإجارة والمزارعة عرفاً فلا ريب في اختلاف أحكامهما، وقد تقدم أحكام الإجارة وسيأتي أحكام المزارعة في المسائل الآتية.

(١) وهذا هو المعروف بين الفقهاء والمتعارف بين المزارعين مطلقاً.

(٢) وهناك احتمالات أخر مذكورة في القاموس وجملة من الكتب الفقهية.

(٣) بل هي من ضروريات الفقه بين المسلمين.

والتسبيب(٤)، ففي خبر الواسطي «قال: سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن الفلاحين قال: هم الزارعون كنوز الله في أرضه وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة وما بعث الله نبياً إلا زارعاً إلا إدريس عليه السلام فإنه كان خياطاً» وفي آخر عن أبي عبدالله عليه السلام «الزارعون كنوز الأنام يزرعون طيباً أخرجه الله وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً وأقربهم منزلة يدعون المباركين»، وفي خبر عنه عليه السلام قال: «سئل النبي صلى الله عليه وآله أي الأعمال خير، قال: زرع يزرعه صاحبه واصلحه وأدّى حقه يوم حصاده، قال: فأي الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة ويؤتي الزكاة، قال: فأي المال بعد الغنم؟ خير، قال: البقر يغدو بخير ويروح بخير قال: فأي المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات في الوحل المطعمات في المحل.

نعم المال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رماد على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها (٥)، قيل: يا رسول الله صلى الله عليه وآله فأي المال بعد النخل خير؟ فسكت فقام إليه رجل، فقال له: فأين الإبل؟ قال: فيها الشقاء والجفاء والعناء (٦)

---

(٤) ويمكن أن يستدل على الاستحباب مطلقاً بإطلاق الآية المباركة الدالة على الاستباق إلى الخيرات[١]، والتعاون[٢]، وما تقدم من الآيات، وقول النبي صلى الله عليه وآله: «ابتغوا الرزق في خبايا الأرض»[٣]، وهي جمع خبيئة وأراد بالخبايا الزرع كما في قول الشاعر:

تتبع خبايا الأرض وأدع مليكها لعلك يوماً ان تُجاب وتُرزقا

(٥) وعن بعض دعوى التجربة في ذلك.

(٦) يعني: أن من يتخذ الإبل تكون فيه هذه الصفات غالباً.

---

(١) سورة البقرة: ١٤٨.

(٢) سورة المائدة: ٢.

(٣) النهاية لابن الأثير ج: ٢ صفحة: ٣.

وبُعد الدار (٧)، تغدو مدبرة، وتروح مدبرة (٨)، لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم (٩)، اما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة» (١٠) وعنه عليه السلام: «الكيمياء الأكبر الزراعة»، وعنه عليه السلام: إن الله جعل أرزاق انبيائه في الزرع والضرع (١١) كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء»، وعنه عليه السلام: «إنه سأله

---

(٧) لعل مراده صلى الله عليه وآله أن الإبل لأجل بطوء حركتها تكون بعيداً عن دار صاحبها غالباً، أو لأنها لأجل انه غير مألوفة من جهة كيفية خلقها وشكلها بخلاف سائر البهائم.

(٨) كناية عن عدم البركة فيها لا عيناً ولا ثمناً، وعن الصادق عليه السلام: «في الغنم إذا أقبلت أقبلت وإذا أدبرت أقبلت، والبقر إذا أقبلت أقبلت وإذا أدبرت أدبرت، والإبل إذا أقبلت أدبرت وإذا أدبرت أدبرت»[١]، والأول كناية عن البركة في عينه وثمنه، والثاني كناية عن البركة في عينه دون ثمنه، والأخير كناية عن عدم البركة لا عيناً ولا ثمناً.

(٩) كناية عن انها لا تحلب ولا تركب إلا من الجانب الأيسر والشمال وقال تعالى: ﴿**أصحاب المشأمة**﴾[٢]، يريد بها أصحاب الشمال.

(١٠) يوضح هذه الجملة ما في معاني الأخبار: «قيل يا رسول الله صلى الله عليه وآله فمن يتخذها بعد ذا؟ قال صلى الله عليه وآله: فأين الاشقياء الفجرة»[٣]، ويدل على ذلك أيضاً قوله صلى الله عليه وآله: «إن الجفاء والقسوة في الفدادين»[٤]، وتشهد له التجربة أيضاً.

(١١) وهو عبارة أُخرى عن الرعي لما ورد: «ما بعث الله نبياً إلا راعِيَ غنم»[٥]، وتقدم في أو ل المكاسب ما يتعلق بالمقام[٦].

---

(١) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب أحكام الدواب: ٢.

(٢) سورة الواقعة: ٩.

(٣) الوسائل باب: ٤٨ من أبواب أحكام الدواب: ٤.

(٤) النهاية لابن الأثير ج: ٣ صفحة: ٤١٩.

(٥) (٦) تقدم في ج: ١٦ صفحة: ١١ فراجع.

رجل فقال له: «جعلت فداك أسمع قوماً يقولون إن المزارعة مكروهة، فقال عليه السلام: ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه» (١٢)، ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب (١٣)، وأما ما رواه الصدوق مرفوعاً عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن المخابرة قال: وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع، فلابد من حمله على بعض المحامل لعدم مقاومته لما ذكر، وفي مجمع البحرين: وما روي من أنه صلى الله عليه وآله نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها.

ويشترط فيها أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول (١٤)، ويكفي فيهما كل لفظ دال، سواء كان حقيقة أو مجازاً مع القرينة (١٥) كزارعتك أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا، ولا يعتبر فيهما العربية، ولا الماضوية (١٦) فيكفي الفارسي، وغيره (١٧)، والأمر كقوله ازرع هذه الأرض على كذا (١٨)، أو

---

(١٢) لعل مراد القوم ما سمعوه من النهي عن المخابرة من النبي صلى الله عليه وآله، ولم يفهموا معناه وقالوا بكراهة أصل المزارعة.

(١٣) كما هو المعروف بين الناس في جميع الأزمنة والأمكنة ويقتضيه الإطلاق وظهور الاتفاق.

(١٤) لكونها عقداً والعقد متقوم بهما بالضرورة.

(١٥) لما مر مراراً من أن المناط في الإنشاءات مطلقاً الظهور العرفي المعتبر في المحاورات، سواء كان الظهور مستنداً إلى الحقيقة أو المجاز كما تقدم في أول البيع.

(١٦) للأصل والإطلاق بعد صدق المزارعة على الجميع.

(١٧) للإطلاق الشامل له مضافاً إلى ظهور الاتفاق.

(١٨) لظهوره العرفي المحاوري في المزارعة المعهودة بين الناس بلا

دليل على الخلاف فلابد من الصحة لوجود المقتضي لها وفقد المانع عنها؛ والمعاملات العرفية لابد في المنع عن شيء منها من الردع عن الشارع، ومع عدم ثبوته تكفي الإطلاقات للصحة بعد الصدق العرفي، وقد صرح به في الشرايع ويدل عليه صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج الله عزوجل منه؟ قال عليه السلام: لا بأس»[١] بناء على عدم الفرق من هذه الجهة بين المزارعة والمساقاة كما هو مقتضى المرتكزات العرفية، ويشهد له خبر نضر بن سويد عن عبدالله بن سنان انه قال: «في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره، فيقول: ثلث للبقر، وثلث للبذر، وثلث للأرض، قال: لا يسمى شيئاً من الحب والبقر ولكن يقول: أزرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً»[٢]، فإن الظاهر انه نقل عن الإمام عليه السلام لكونه من خواصه عليه السلام، وكذا يدل على التوسعة في عقد المزارعة خبر أبي الربيع الشامي عن الصادق عليه السلام: «انه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر؟ فقال عليه السلام: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقراً ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط ـ الحديث ـ»[٣]، فإن وقوعها بلفظ متكلم المضارع يدل على التوسعة فيها مما لا يوسع في غيرها.

ويمكن أن يجعل ذلك مقتضى القاعدة أيضاً إذ المناط في العقود والإيقاعات ابراز المراد بلفظ مفهم عرفي محاوري ما لم يرد فيه ردع شرعي والمقام كذلك بل ورد التقرير بصحيح يعقوب.

إن قيل: فيصح بناء على هذا في سائر المعاملات أيضاً.

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب المزارعة: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة: ٥ .

(٣) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة: ١٠.

المستقبل، أو الجملة الإسمية مع قصد الإنشاء بها (١٩).

وكذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول (٢٠)، ويصح الإيجاب من كل من المالك والزارع (٢١)، بل يكفى القبول الفعلي بعد الإيجاب القولي على الأقوى (٢٢)،

يقال: نعم، لولا ظهور اجماعهم على عدم الجواز فيها فلا وجه لمناقشة المسالك في المقام بل تقويته عدم الصحة بلفظ الأمر.

(١٩) لتحقق الظهور العرفي في المزارعة المعهودة في جميع ذلك فلابد من الصحة والإجزاء بعد شمول الإطلاق له أيضاً، مع أن المستفاد من النصوص المتقدمة تسهيل الأمر فيها بما لم يسهل في غيرها كما عرفت.

(٢٠) لأن القبول عبارة عن إبراز الرضاء بما أنشأه الطرف فيصح تعلقه بما يأتي كما يصح تعلقه بما سبق، فالمعاملة متقومة بالطرفين وابراز الرضاء بتبادل العوضين فكل منهما ابتدأ يكون طرف المعاملة عرفاً موجباً كان مَن ابتدأ أو قابلاً، وتقدم في صحة تقدم القبول على الإيجاب في البيع ما ينفع المقام.

(٢١) لتحقق المعاهدة المعروفة بكل منهما، وكذا الحال في جميع العقود فيصح الإيجاب من كل واحد من الطرفين فيجوز في البيع أن يقول المشتري: «أشتريت منك الثوب بدرهم» ويقول البايع «قبلت»، وفي النكاح يقول الزوج للزوجة: «انكحتك نفسي» وتقول الزوجة «قبلت» وكذا في سائر العقود ولكن الأحوط في النكاح ما هو المتعارف من كون الإيجاب من طرف الزوجة، ويدل على ذلك في المقام ما تقدم من خبري نضر بن سويد وابي الربيع الشامي.

(٢٢) لأنه لا فرق فيما يكون مبرزاً للمعنى المعهود بين اللفظ والفعل، وكل منهما معتبر في المحاورات العرفية في ابراز مقاصدهم المتعارفة من غير استهجان بينهم لذلك ولم يثبت ردع عنه شرعاً بل مقتضى الإطلاقات التقرير، فكلما تحقق عقد وعهد تشمله الإطلاقات والعمومات الدالة على الصحة، سواء

وتجري فيها المعاطاة (٢٣)، وإن كانت لا تلزم إلا بالشروع في العمل (٢٤).

الثاني: البلوغ، والعقل، والاختيار (٢٥)، وعدم الحجر لسفه، أو فلس (٢٦)، ومالكية التصرف في كل من المالك والزارع (٢٧).

نعم، لا يقدح حينئذٍ فلس الزارع إذا لم يكن منه مال، لأنه ليس

كان الإيجاب والقبول لفظيين أو فعليين أو بالاختلاف، هذا مع الصدق العرفي وأما مع عدم الصدق كذلك أو الشك فيه فلا وجه لشمول الأدلة له، والمرجع حينئذٍ أصالة عمد ترتب الأثر وبذلك يمكن أن يجمع بين الأقوال فمن قال بعدم الصحة أي فيما إذا شك في الصدق ومَن قال بالصحة أي في مورد الصدق العرفي.

(٢٣) لعموم أدلتها وإطلاقها الشامل لكل معاملة إلا ما خرج بالدليل ـ كما تقدم في أول البيع ـ ولا دليل في المقام على الخلاف، كما تقدم أن المراد بالمعاطاة ما تكون خالية عن الإيجاب والقبول اللفظي، سواء تحقق التعاطي من الطرفين أو من طرف واحد فتتحقق بالاعطاء والأخذ أيضاً.

(٢٤) بناءً على عدم لزومها إلا بالتصرف كما نسب إلى المشهور، وأدعي عليه الإجماع وتقدم الكلام في أول البيع.

(٢٥) هذه كلها من الشرائط العامة لكل عقد ومعاملة، وتعرضنا لأدلة اعتبارها في أول البيع وهي تجري في الجميع بلا فرق فلا وجه للاعادة.

(٢٦) لأن المزارعة تصرف مالي إن كان من الزارع مال، والتصرفات المالية يعتبر فيها عدم الحجر وتصح بنظر الحاكم الشرعي في الأول والغرماء في الثاني.

(٢٧) يعني أنه تصح المزارعة بمالكية التصرف أعم من ملك العين والمنفعة والانتفاع ولا تختص بملك العين فتجري في الأراضي الخراجية والموقوفة وما كانت ملكاً للغير ووقعت المزارعة بإذنه، وكذا في البذر إن أذن مالكه بكون نمائه للزارع مثلاً فتخرج عن قاعدة «تبعية النماء للملك» حينئذٍ.

تصرفاً مالياً (٢٨).

الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعة (٢٩).

الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع ـ كالذي حصل أولاً ـ والآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من القطعة الأخرى للآخر لم يصح (٣٠).

الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك فلو قال ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لي شيء من حاصلها بطل (٣١).

السادس: تعيين المدة بالأشهر والسنين، فلو أطلق بطل (٣٢).

---

(٢٨) فينتفي شرطية عدم الحجر حينئذٍ تخصصاً لا تخصيصاً.

(٢٩) لقوله عليه السلام في الصحيح: «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به، ولا بأس بالمزارعه بالثلث والربع والخمس»[1]، مضافاً إلى الإجماع هذا إذا كان بعنوان المزارعة وأما إن كان بعنوان المصالحة فلا بأس به.

(٣٠) لظهور الإجماع، وما تقدم من الصحيح، مضافاً إلى أن الاشاعة هو المعهود بين الناس في مزارعاتهم فتنزل الأدلة عليه.

(٣١) لما تقدم من الأخبار، مضافاً إلى الإجماع.

(٣٢) لظهور الإجماع، وتعارف ذلك في المزارعات المعهودة بين الناس فتنزل الأدلة عليه.

وأما الاستدلال عليه بحديث: «نفي الغرر»[2]، وبأنها لازمة فلابد من

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٣.

(٢) تقدم في ج: ١٧ صفحه: ٨.

نعم، لو عين المزروع أو مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحته إذا لم يستلزم غرراً (٣٢)، بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الأرض

تعيين الأجل فيها كما يظهر عن المحقق، وبحديث أبي الربيع الشامي عن الصادقعليه السلام قال: «سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأي وجوه القبالة أحل؟ قالعليه السلام: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج»[1].

فمخدوش إذ الأول لم يثبت إطلاقه، والثاني أصل المدعى بنحو الكلية، والأخير لم يعلم كونه من المزارعة المعهودة.

نعم، يصلح كل ذلك للاستشهاد به للمقام، ولكنه مع ذلك لا موضوعية لتعين المدة من حيث هي، والمناط كله احراز إدراك النماء بوجه معتبر ولو لم تكن المدة معلومة تفصيلاً، ويدل عليه إطلاق خبر الكرخي عن الصادقعليه السلام: «أشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه، ويبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قالعليه السلام: لا بأس بذلك»[2]، فلم يذكر فيه المدة بل ذكر الادراك فقط فيكون سائر الأخبار الذي ذكر فيها ثلاث سنين أو خمس سنين[3]، طريقاً لذلك.

(٣٣) بل ومع استلزامه له في الجملة بما هو متسامح في المزارعة عند المتعارف، وفي الجواهر ما لفظه: «ولا نهي عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعاملة التي هي بنيت عليه»، وبالجملة المدار على المتعارف في كل زمان ومكان في هذه المعاملة التي هي شايعة بين الناس الغير المبنية على المداقة.

---

(١) الوسائل باب: ١٨ من أبواب المزارعة حديث: ٥.

(٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة حديث: ١.

(٣) راجع الوسائل باب: ١١ من أبواب المزارعة.

مما لا يزرع في السنة إلا مرّة (٣٤) لكن مع تعيين السنة (٣٥) لعدم الغرر فيه، ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً والقدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة (٣٦)، وفي صورة تعيين المدة لابد وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن إدراك النماء(٣٧).

السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج، فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولي عليها الماء قبل أوان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل (٣٨).

---

(٣٤) لأن المدة معلومة حينئذٍ بحسب المتعارف لدى الزارعين، ولا دليل على اعتبار الأزيد من هذا المقدار من التعيين بل مقتضى الإطلاق عدمه.

(٣٥) بل ومع التعيين أيضاً إذا كانت المدة التي يدرك فيها الزرع معلوماً عادة لعدم الغرر حينئذٍ فيها كما يأتي من الماتن.

(٣٦) وإجماعهم على فرض الاعتبار ليس تعبدياً بل حصل من ارتكازاتهم العرفية في مثل هذه الأمور، فيرجع بالأخرة إلى نظر متعارف أهل الخبرة بهذه الأمور.

(٣٧) لأنها حينئذٍ من السفه الذي لا يقدم عليه العقلاء، والظاهر أن المدار على ادراك النماء، لأن قوام المزارعة به وتعيين المدة طريق إليه لا أن تكون له موضوعية خاصة، وحينئذٍ فلو كان ادراك النماء معلوماً ولم تكن المدة معلومة تفصيلاً لا بأس به.

ومن ذلك يعلم أن المدة لو كانت قليلة ولم تنطبق على ادراك النماء فهو سفه، وإن كانت كثيرة بحيث يحصل النماء قبله فهو لغو.

(٣٨) كل ذلك لأن البطلان في جميعها من السالبة المنتفية بانتفاء

الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل (٣٩)، إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين (٤٠)، أو كان مرادهما التعميم (٤١) وحينئذٍ فيتخير الزارع بين أنواعه.

التاسع: تعيين الأرض ومقدارها فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة أو من هذه المزرعة أو تلك أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها بحيث يلزم الغرر (٤٢).

نعم، مع عدم لزومه لا يبعد الصحة كأن يقول: «مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها» أو «أي مقدار شئت منها» ولا يعتبر كونها شخصية فلو عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر فالظاهر صحته (٤٣).

الموضوع فتكون أصل هذه المعاملة ـ مضافاً إلى انها سفهية ـ باطلة بالذات.

(٣٩) لاختلاف الأغراض العقلائية في ذلك في جملة من الأراضي اختلافاً كثيراً، ومع عدمه يوجب الجهالة بل قد يوجب الضرر إن لم تكن الأرض معدة لكل زراعة وكانت معدة لزراعة مخصوصة.

(٤٠) لأن الانصراف المعتبر بمنزلة التعيين اللفظي.

(٤١) وكانت الأرض صالحة لذلك عند المتعارف ولا إشكال حينئذٍ في الصحة ان أقد م الناس عليه لفرض التعيين بنحو التعميم، ولو فرض وجود غرر في الجملة فهو مغتفر في المزارعة.

نعم، يضر الغرر الغير المتسامح فيه بلا إشكال، وأما مع عدم الإقدام من الناس بالنسبة إلى التعميم فلا ريب في البطلان.

(٤٢) الغير المغتفر في المزارعة والذي لا يتسامح فيه متعارف الناس في هذه المعاملة المبنية على الغرر في الجملة لديهم.

(٤٣) كل ذلك لأن هذه المعاملة ليست مبنية على المداقة والمكايسة من

وحينئذٍ يتخير المالك في تعيينه (٤٤).

العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما وكذا سائر المصارف واللوازم إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بسبب التعارف (٤٥).

(مسألة ١): لايشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع، بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالاجارة أو الوصية أو الوقف عليه، أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي، أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق ونحو ذلك (٤٦)، أو كان مالكاً للانتفاع بها كما إذا أخذها بعنوان

هذه الجهات فمقتضى الإطلاقات الصحة ما لم يدل دليل على المنع، ولا فرق في الكلي بين كونه من الكلي في المعين أو غيره لشمول الإطلاق للجميع مع وجود السيرة في الجملة.

(٤٤) لأن من لوازم جعل المورد غير معين بالخصوص هو تخيير مَن استولى عليه كما في جميع العقود المتضمنة للكلي، ويمكن جعل التخيير بالنسبة إلى الزارع إن استفيد ذلك من القرائن.

(٤٥) فيتبع المتعارف حينئذٍ لأنه كالتعيين، ويأتي في مستقبل الكلام ما ينفع المقام.

(٤٦) كل ذلك للأصل والإطلاق والسيرة المستمرة في الوقف، وعدم ما يصلح للمنع مطلقاً.

وما يقال: من أن حق التحجير ونحوه يفيد الأولوية بالاحياء ولا يفيد الاختصاص بمنافعه.

مدفوع: بأنه يجوز جعل المزارعة فيه من متممات مالكية من له حق السبق وحق التحجير، إذ لا يعتبر في حدوث هذا الحق وفي وصوله إلى مرتبة الملكية المباشرة قطعاً كما يأتي في محله إن شاء الله تعالى.

المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره، بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة(٤٧).

نعم، لو لم يكن له فيها حق أصلاً لم يصح مزارعتها (٤٨)، فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك فإن المزارع والعامل فيها سواء.

نعم، يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك، لكنه ليس حينئذٍ من المزارعة المصطلحة (٤٩)، ولعل هذا مراد الشهيد‌ في المسالك (٥٠) من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها، وإلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجارة من السلطان، كما

---

(٤٧) لشمول الإطلاقات لكل فرد من أفراد هذه المعاملة المبنية على المسامحة ما لم يدل دليل على المنع وهو مفقود.

(٤٨) لأصالة عدم ترتب الأثر بعد عدم شمول الأدلة لذلك أو الشك في الشمول.

(٤٩) لتغاير الموضوعين شرعاً وعرفاً وعقداً ولغة كما هو معلوم.

(٥٠) وقد حمل في الجواهر كلام الشهيد على ذلك أيضاً، وقال: «ودعوى ظهور كلامه في اعتبار ملكية العين في المزارعة مقطوع بفسادها فإن القواعد والنصوص والفتاوي صريحة في خلافها، ويبعد خفاء مثل ذلك على مثله» أقول يعني: بملاحظة النصوص والقواعد ومقام فقاهة الشهيد يكون كلامه غير ظاهر في عدم اعتبار ملكية العين في المزارعة، وإلا فلو خلي كلامه عن هذه الجهات الخارجية يكون كلامه ظاهراً في اعتبار ملكية العين فراجع المسالك وتأمل.

يدل عليه جملة من الأخبار (٥١).

(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته، وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة (٥٢) بل لا يبعد كونه منها أيضاً (٥٣)، وكذا لو أذن

---

(٥١) كصحيح الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام: «إنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث؟ قال: نعم، لا بأس به قد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر، والخبر: هو النصف»[1]، وخبر الفيض بن المختار: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام جعلت فداك ما تقول في أرض أتقبلها من السلطان ثم اؤجرها أكرتي على أن ما أخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان؟ قال عليه السلام: لا بأس به كذلك أعامل أكرتي»[2]، وما تقدم من صحيح ابن شعيب في الشرط العاشر فراجع.

(٥٢) أما أصل الصحة فلوجود المقتضي لها وهو تراضي الطرفين على هذه المعاملة وفقد المانع عنها، إذ المانع المتوهم في المقام إنما هو الغرر ولا وجه له بعد معلومية العمل وسائر الجهات ومقدار الحاصل بحسب المتعارف مع عدم بناء المتعارف على المداقة في هذه الأمور فتشمله إطلاق التجارة عن تراض.

وأما عدم كونه من المزارعة المعهودة فقيل فيه إن مجرد الإذن من الإيقاع؛ والمزارعة عقد لازم فلا وجه لكونه منها.

وهو باطل، لأن الإذن مع العمل يصير عقداً وتقدم في الشرط الأول جواز كون القبول فعلاً، وقد اغتفر في المزارعة ما لم يغتفر في غيرها من العقود.

(٥٣) لصدق المزارعة فيشمله إطلاق دليلها.

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٨.

(٢) الوسائل باب: ١٥ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٣.

لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصاً، وكذا لو قال: «كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه» ـ مثلاً ـ فأقدم واحد على ذلك (٥٤)، فيكون نظير الجعالة (٥٥) فهو كما لو

نعم، لو تردد العرف في الصدق وعدمه يشكل التمسك بالإطلاق حينئذٍ، ولكن الظاهر عدم ترددهم في الصدق فيكون للمزارعة عرض عريض جداً، فكلما صدق عليه هذا العنوان يترتب عليه حكمها، سواء كان بنحو ما هو المعهود بين الفقهاء أو بغيره مما يقدم عليه المتعارف من العقلاء.

(٥٤) وكل ذلك من المزارعة المعهودة بين الناس لأنهم يقدمون على هذا المورد بعنوان انها من المزارعة الشايعة بينهم، ولم يرد نهي عن ذلك فتشملها الإطلاقات والعمومات.

وتوهم أن هذه كلها إيقاع لا أن يكون من العقود مع أن المزارعة عقد، فلا وجه لكونها من المزارعة المعهودة.

مدفوع، بأن ما ذكر عقد مركب من اللفظ و الفعل ولا بأس به في المزارعة كما مر.

ثم ان الفرق بين هذه الأقسام واضح لا يحتاج إلى البيان، إذ الأول تخصيص للإذن بشخص مخصوص، والثاني تعميم في الإذن، والثالث من مجرد التسبيب.

(٥٥) المقصود من التنظير والتشبيه إنما هو في مجرد حدوث التسبب إلى شيء والإذن في تحصيله، لا أن يكون المقصود من التشبيه كون الجعالة إيقاعاً أو عقداً أو من مجرد التسبب المحض إلى حصول شيء، إذ ليس المقصود في المقام التعرض له، والوجوه المتصورة في الجعالة ثلاثة ـ كما تقدم ـ كونها عقداً مركباً من ايجاب لفظي وقبول فعلي، ولكن وسّع فيه بما لم يوسّع في غيرها من العقود، كعدم المقارنة بين الإيجاب والقبول، وعدم لزوم مخاطب خاص

للقبول، وصحة كون القابل صغيراً بل وغير مميز.

كما قيل ونحو ذلك مما لا يقولون به في سائر العقود، ولا بأس بذلك بعد دلالة الدليل فيصح جعلها عقداً مع هذه التوسعة بعد دلالة الدليل على صحتها بنحو الإطلاق، كما يصح كونها إيقاعاً، كما يصح أن تكون من سنخ التسبيبات الصادرة من الشارع مثل قوله: مَن فعل كذا فله كذا، فلا يكون حينئذٍ عقداً ولا إيقاعاً، ويختلف ذلك باختلاف الموارد والقرائن والخصوصيات.

فتارة: ينطبق عليه عنوان العقد.

وأُخرى: عنوان الإيقاع.

وثالثة: عنوان مجرد التسبب ولا محذور من عقل أو شرع في أن ينطبق على شيء واحد عناوين مختلفة بحسب الجهات والخصوصيات.

وبذلك يمكن أن يجمع بين شتات الكلمات كما تقدم في كتاب الجعالة.

ولا يخفى أن الجعالة والمزارعة والمضاربة مبنية على الجهالة في الجملة.

ثم أن الجعالة جعل الجاعل شيئاً على نفسه لغيره على فرض حصول العمل من الغير، وحيث إن هذا كان هو الغالب في الأزمنة القديمة عبر بذلك، ويصح أن يقال: «انها جعل الجاعل شيئاً على نفسه على فرض وصول عوض إليه»، مثل قول صاحب الفندق: «كل من بات في فندقي فلي عليه كل ليلة دينار مثلاً»، ويشمله عموم دليل الجعالة، ولا ينافي العموم كون بعض الأفراد أغلبي الوجود في الخارج في عصر صدور الروايات.

وبالجملة الجعالة بالمعنى اللغوي شامل للجميع، وبهذا المعنى تكون مورد بحث الفقهاء، وغلبتها الوجودية في فرد لا يوجب انحصارها فيه فالجعالة بجميع مراتبها صحيحة، للإطلاقات والعمومات.

إن قيل: فعلى ما قلت ليست للجعالة حقيقة معلومة معينة، لكونها عقداً تارة وايقاع أُخرى وتسبباً ثالثة .

يقال: حقيقتها التسبب إلى حصول المقصود بعقد كان أو إيقاع أو

قال: «كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم» أو «كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة» فإن الظاهر صحته للعمومات إذ هو نوع من المعاملات العقلائية (٥٦)، ولا نسلم انحصارها في المعهودات(٥٧)، ولا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلائية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات.

(مسألة ٣): المزارعة من العقود اللازمة (٥٨) لا تبطل إلا بالتقايل(٥٩) أو الفسخ بخيار الشرط أو بخيار الاشتراط ـ أي تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما (٦٠).

وتبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابلية الانتفاع لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك (٦١)، ولا تبطل بموت أحدهما (٦٢) فيقوم وارث الميت

غيرها،وذلك لمكان التوسعة فيها بما لا يوسع في غيرها من حيث الجهالة، وهذه التوسعة تستلزم عرفاً التوسعة في السبب أيضاً.

(٥٦) هذا إذا لم تدخل في موضوع الجعالة، وإلا فتشملها أدلة نفس الجعالة بلا احتياج إلى جعلها معاملة مستقلة.

(٥٧) بل مقتضى العمومات والإطلاقات عدم الانحصار كما يأتي في المتن.

(٥٨) لما تقدم في أول البيع من أصالة اللزوم في كل عقد إلا ما خرج بالدليل.

(٥٩) لإطلاق دليله الدال على جريانه في كل عقد إلا ما خرج بالدليل.

(٦٠) لإطلاق أدلة الخيارين الدال على جريانهما في المزارعة أيضاً، وكذا جميع الخيارات التي لا تختص بخصوص البيع ويجري دليله في كل معاملة.

(٦١) لانتفاء الموضوع فتنتفي المعاهدة لا محالة بانتفاء موضوعها.

(٦٢) للأصل وظهور الإجماع.

منهما مقامه (٦٣).

نعم، تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل، (٦٤)، سواء كان قبل خروج الزرع أو بعده (٦٥)، واما المزارعة المعاطاتية فلا تلزم إلا بعد التصرف (٦٦) وأما الإذنية فيجوز فيها الرجوع دائماً (٦٧)، لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه (٦٨)، وفائدة الرجوع أخذ

---

(٦٣) لعموم أدلة الإرث الشامل لذلك أيضاً.

(٦٤) لانتفاء الموضوع إن كان اعتبار المباشرة بنحو التقييد الحقيقي ووحدة المطلوب؛ وأما إن كان بنحو تعدد المطلوب فيوجب ذلك ثبوت الخيار للمالك وينتقل الحق إلى وارث العامل متعلقاً بحق الخيار للمالك.

(٦٥) لانتفاء الموضوع الشامل لكل واحد من الصورتين، وأما حصة العامل فإن كان عمله مشروطاً بإتمام العمل بنحو التقييد الحقيقي فلا شيء له من الحصة وليست له أجرة المثل أيضاً لاقدامه على هتك عمله، وإن لم يكن كذلك فله من الحصة ما تعاهدا عليه فتنتقل الحصة إلى الورثة حينئذٍ.

(٦٦) لما تقدم في أول البيع من عدم لزومها إلا بعد التصرف على المشهور فراجع.

(٦٧) لأنها مزارعة اصطلاحية، لكن تعاهدهما على عدم اللزوم والرجوع مهما شاءا يمنع عن شمول ما دل على لزوم كل عقد لمثلها، وتكون كمزارعة جعلا فيها الخيار بأن يرجعا عنها مهما شاءا وأرادا.

(٦٨) لأن المتعارف من الإذن في الزرع عند أهل الخبرة بهذه الأمور بل عند العقلاء مطلقاً بعد توجههم إلى أن الغرض المهم من الزرع هو الثمرة والنتيجة؛ إنما هو الإذن في البقاء إلى حصول النتيجة لا في مجرد حدوث الزرع، فيكون الابقاء والبقاء من اللوازم المتعارفة فيشمله الإذن بالدلالة الالتزامية، وهذا

أجرة الأرض منه حينئذٍ ويكون الحاصل كله للعامل (٦٩).

(مسألة ٤): إذا استعار أرضاً للمزارعة (٧٠) ثم أجرى عقدها لزمت(٧١)، لكن للمعير الرجوع في إعارته (٧٢) فيستحق أجرة المثل

هو معنى القاعدة المعروفة: «أن الإذن في الشيء إذن في لوازمه»، ويمكن استفادة اعتبار القاعدة من الأخبار أيضاً كما سيأتي في محله، فيسقط حينئذٍ حق رجوع المالك عن إذنه عند العرف، لأنه أسقط هذا الحق بنفسه في الإذن بالابقاء بالدلالة الإلتزامية المعتبرة عرفاً، ومن ذلك يظهر ان ما أطال به بعض الشراح من الإشكال على الماتن لا وجه له.

ثم انه قد ذكروا نظير هذه المسألة في موارد متعددة منها ما تقدم في الرجوع عن الإذن بعد الدفن[1]، ومنها ما مر في الرجوع عن الإذن بعد الشروع في الصلاة[2]، وغيره مما مر وقد أطالوا الكلام في كل واحد من تلك الموارد مع عدم نص خاص في البين، ومن أثبت جواز الرجوع لابد له أن يتمسك بقاعدة السلطنة، ومَن منعه لابد له أن يسقط القاعدة من جهة إقدام المالك عن الإبقاء كما مر فيصير النزاع في الجميع صغروياً.

(٦٩) لقاعدة تبعية النماء للملك.

(٧٠) مقتضى الأصل والإطلاق عدم اعتبار كون الأرض ملكاً لصاحب الأرض في المزارعة، بل يكفي مجرد استيلائه على الانتفاع منها بأي وجه أمكن شرعاً مباشرة أو تسبيباً.

(٧١) لما تقدم من لزوم عقد المزارعة، فالمتقضي للزوم ـ وهو التسلط على الانتفاع من الأرض ـ موجود والمانع عنه مفقود.

(٧٢) أما احتمال جواز الرجوع فلعدم لزوم العارية، وقاعدة «سلطنة الناس

---

(١) راجع ج: ٤ صفحة- ٢٥٨.

(٢) تقدم في ج: ٥ صفحة: ٤٠٤.

لأرضه على المستعير (٧٣) كما إذا استعارها للأجرة فآجرها بناءاً على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض (٧٤).

(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج

على أموالهم».

وأما احتمال عدم جوازه لأن إقدام المعير على إعارة أرضه للزراعة إلتزام منه ببقاء العارية إلى حين حصول النتيجة، وهذه المسألة من احدى الموارد التي مرت الإشارة إليها آنفاً من أنهم أطالوا الكلام فيها، مع أن الالتفات إلى أن المعير إلتزم بالبقاء والإبقاء يسقط حق المعير عن الرجوع، فلا مجال لبعض التطويلات.

(٧٣) يعني بالنسبة إلى ما بعد الرجوع لا ما قبله لفرض كون المستعير مأذوناً في التصرف فيها ما لم يرجع المعير عن إذنه، ولا وجه لأجرة المثل مع الإذن.

(٧٤) للإطلاقات والعمومات الشاملة لما إذا كان العوض ملكاً لمالك المعوض ولما إذا لم يكن كذلك، مع أن المقام لا ربط له بما ذكره قدس سره، لأن المفروض أنه مستول على استيفاء المنفعة ـ مباشرة أو تسبيباً ـ ويكفي في صحة المزارعة والإجارة التسلط على استيفاء المنفعة مطلقاً، ولا نحتاج إلى ملك العين، فلا وجه للإشكال بأن الاستعارة أباحة الانتفاع والمنفعة، والإجارة استيفاء بعوض المنفعة فأنه مردود، بأنه إذا كان المعير ملتفتاً إلى ذلك فكأنه أباح الانتفاع والمنفعة بالمعنى الأعم من ذاتهما وعوضهما.

وأما حديث أنه لابد وأن يكون العوض لمالك المعوض فلا ريب في انه من الأمور الغالبية، وأما كونه مقوماً لحقيقة المعاوضة فلم يثبت بعقل أو نقل لأن قوام المعاوضة بتبادل المالين ويستلزم ذلك تبادل المالكين في الجملة، والغالب فيه دخول المعوض في ملك مالك العوض، وقد يكون العوض

ـ من ذهب أو فضة أو غيرهما ـ مضافاً إلى حصته من الحاصل صح (٧٥). وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل (٧٦)، بل الأقوى صحة استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما (٧٧).

لشخص والمعوض لشخص آخر كما في قول المالك: «اشتر بمالي لنفسك شيئاً»، وقد تقدم البحث فيه في أول البيع فراجع.

وأما احتمال أن في الاستعارة للإجارة ان المعير يملك الأجرة ثم هو ينقلها إلى المؤجر وفي مثل اشتر بمالي لنفسك شيئاً تمليك المال أولاً، إلى المشتري ثم انشاء البيع أو تملك ما اشتراه المشتري أولاً، ثم رده إلى المشتري. فتكلف وخارج عن سياق الاستعارة للإجارة.

(٧٥) نسب ذلك إلى المشهور وعامة المتأخرين، لعموم أدلة الشروط الشامل لجميع ما ذكر في المقام، ويدل عليه أيضاً خبر ابن اليسع قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران، ويضمن له على أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد؟ قال عليه السلام: لا بأس به إذا تراضيا»[1].

(٧٦) للأصل والإطلاق بعد عدم دليل على هذا الشرط إلا تنظير المقام باستثناء أرطال معلومة من الثمرة في البيع، لأنه لو تلف البعض منه سقط بحسابه.

وفيه: أنه قياس أولاً ومع الفارق ثانياً؛ لأن المقام الشرط في الذمة والمقيس عليه في الخارج وحصة خارجية.

نعم، لو كان في البين انصراف معتبر إلى اشتراط السلامة أو قرينة معتبرة دالة عليه يتبع لا محالة، وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات.

(٧٧) كما عن جمع منهم الشيخ وابني البراج وادريس وغيرهم للأصل

---

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب المزارعة والمساقاة: ١.

والإطلاق، ونسب إلى المشهور البطلان، واستدل عليه..

تارة: ـ كما عن المحقق في الشرايع ـ بجواز أن لا تحصل الزيادة فينتفي الاشاعة وموضوع المزارعة.

وأخرى: بعدم المشروعية بعد كون العقود متلقاة من الشارع، وهذا النحو من المزارعة لم تتلق منه كما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد.

وثالثة: بأن ذلك خلاف وضع المزارعة كما عن المسالك.

ورابعة: بأنه من سنخ تمليك المعدوم وهو باطل.

والكل مردود.. أما الأول: فلا وجه له مع اشتراط العلم ببقاء مقدار آخر يكون مشاعاً بينهما.

كما لا وجه للثاني بعد العمومات والإطلاقات المنزَّل على العرفيات إلا مع دليل على الخلاف وهو مفقود، ولا أساس لكون العقود متلقاة من الشارع أصلاً لأنها عرفيات معتبرة مطلقاً إلا ما ثبت الردع عنها، كما قررنا ذلك في هذا الكتاب مكرراً.

وكذا الثالث لأن وضع المزارعة على الإشاعة في الجملة وهو في المقام حاصل.

وأما الرابع فلا ريب في بطلانه، لأن المعدوم على أقسام:

الأول: العدم المطلق من كل حيثية وجهة بحيث لا احتمال لانقلابه إلى الوجود والعاقل بما هو عاقل لا يقدم على العقد والمعاملة بالنسبة إليه.

الثاني: العدم الذي اصطلحوا عليه بـ (عدم الملكة)، أي: ما من شأنه أن ينقلب إلى الوجود وله آثار خاصة في فني الاصول والمعقول.

الثالث: العدم الفعلي الذي له معرضية عرفية للوجود، ويقدم عليه العرف والعقلاء بالعقد عليه وترتيب الأثر، ويصح أن يصير مورداً للتمليك والنقل والانتقال باعتبار المعرضيته العرفية، وعلى ذلك يدور جملة من المباحث الفقهية خصوصاً في المعاملات؛ ومن ذهب إلى عدم الصحة بالنسبة إلى قسم الأخير خلط بين الأقسام ولم يفرق فيها في الأحكام كما هو واضح، والتفصيل هنا بأزيد من ذلك من التطويل بلا طائل.

فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى (٧٨) كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه أو استثناء مقدار خراج السلطان أو ما يصرف في تعمير الأرض (٧٩)، ثم القسمة، وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار (٨٠) أو لا؟ وجهان (٨١).

---

(٧٨) للأصل والإطلاق بعد صدق المزارعة عرفاً ولا دليل على الخلاف، وما ذكر من الدليل على الخلاف مرت الخدشة فيها.

(٧٩) لإطلاق الادلة، والسيرة في الجملة، وخبر الكرخي قال: «قلت لابي عبداللهعليه السلام اشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر، ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قالعليه السلام: لا بأس بذلك، قلت: فلي عليه أن يرد علي مما أخرجت الأرض البذر ويقسم ما بقي؟ قال: انما شاركته على أن البذر من عندك وعليه السقي والقيام»[١]، وفي صحيح ابن شعيب عن أبي عبداللهعليه السلام قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قالعليه السلام: لا بأس»[٢].

(٨٠) تقدم ما يتعلق باستثناء الأرطال في بيع الثمار فراجع[٣].

(٨١) بعد كون مفروض المسألة استثناء هذه الأمور من الحاصل يتعين الأول ويسري النقص إلى المستثنى أيضاً، ولا يبقى للاحتمال الثاني موضوع.

هذا إذا كان ذلك بعنوان الاستثناء والاشاعة، وأما إن كان على الذمة فقد تقدم حكمه، وإن كان بعنوان الكلي في المعين فلا ينقص منه شيء مادام

---

(١) (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة ٢/١.

(٣) تقدم في ج: ١٨ صفحة: ٦٧.

(مسألة ٦): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً فمضت والزرع باق لم يبلغ فالظاهر أن للمالك الأمر بإزالته بلا أرش (٨٢)، أو إبقائه ومطالبة الأجرة إن رضي العامل بإعطائها (٨٣)، ولا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة لعدم حق للزارع بعد المدة والناس مسلطون على أموالهم (٨٤)، ولا فرق بين أن يكون ذلك

الكلي باقياً.

(٨٢) أما جواز الإزالة فيظهر منهم التسالم عليه، وأرسله في الشرايع والتحرير والمسالك وغيرها إرسال المسلمات، وتدل عليه قاعدة السلطنة ولا تعارض بقاعدة الضرر بدعوى: إن الإزالة ضرر على العامل لأن ابقاء الزرع محدود بحد معين غالباً فكأن الإقدام المعاملي وقع على هذا الحد المعين عرفاً، ووقع على التضرر لو لم يبلغ الزرع إلى هذا الحد المعين.

وأما عدم الأرش فهو مقتضى الأصل من غير دليل على الخلاف وظاهرهم ـ ممن عدى العلامة ـ التسالم عليه، كما أن ظاهرهم في المغارسة ذلك أيضاً.

(٨٣) لقاعدة: «ان الاستفادة من مال الغير لابد له من العوض والبدل ما لم تكن مجانية في البين».

(٨٤) ولا تعارض بقاعدة الضرر للإقدام المعاملي على حد معين، ومع عدم بلوغ المقصود في ذلك الحد فهو إقدام على التضرر لو حصل، فلا موضوع لجريان قاعدة الضرر من جهة إقدامه عليه.

نعم، لو كان في البين شرط أو قرينة معتبرة على الإبقاء إلى بلوغ المقصود ولو بعد الحد المعين يتبع وليس للمالك الإزالة حينئذٍ لحكومة قاعدة الضرر على قاعدة السلطنة، ولكن لو تضرر المالك بالإبقاء أيضاً كما يتضرر الزارع بالقلع لابد حينئذٍ من ملاحظة أقوى الضررين أو تصالح منهما في البين.

بتفريط الزارع أو من قبل الله كتأخير المياه أو تغير الهواء (٨٥)، وقيل بتخييره (٨٦) بين القلع مع الأرش والبقاء مع الأجرة، وفيه ما عرفت (٨٧) خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع (٨٨) مع أنه لا وجه لالزامه العامل بالأجرة بلا رضاه (٨٩).

نعم، لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا أجرة أو معها إن مضت المدة قبله لا يبعد صحته (٩٠) ووجوب الإبقاء عليه.

---

(٨٥) لإطلاق الدليل الشامل لكل ذلك كما مر.

(٨٦) نسب ذلك إلى العلامة في قواعده مع انه في تحريره ذهب إلى الخلاف.

(٨٧) من أن مقتضى الاصل عدم الأرش بعد عدم دليل عليه.

(٨٨) فإنه هو الذي أدخل الضرر حنيئذٍ على نفسه جزماً فلا وجه لتدارك المالك له بالارش.

(٨٩) لأصالة عدم هذا الحق بالنسبة إلى المالك وانّما له السلطنة على ماله فقط.

(٩٠) لعموم أدلة الشروط وإطلاقها الشامل للمقام ولم يذكروا مانعاً في البين إلا انه من الجهالة، بل ذكر بعضهم أن الجهالة تتعدى إلى عقد المزارعة فيبطل أصل العقد.

وغفلوا عن أن المزارعة مبنية على الجهالة في الجملة حتى أن صاحب الجواهر في أول كتاب المزارعة أعترف بذلك، وفي المقام أشكل فقال في أول الكتاب؛ «ولا نهي عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعاملة التي هي مبنية عليه».

والحق أن الغرر والجهالة على قسمين:

الأول: ما لا يقدم عليه متعارف الناس ولو أقدم عليه لاموه وويّخوه، ولا

(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة ففي ضمانه أجرة المثل للأرض (٩١) ـ كما إنه يستقر عليه

ريب في أنه غير مقدم عليه عرفاً، ولا نحتاج إلى النهي عنه شرعاً فيكون النهي عنه إرشاداً إلى ما ارتكز في أذهانهم كما في قوله صلى الله عليه وآله: «نهى عن بيع الغرر»[١]، أو «نهي عن الغرر»[٢].

الثاني: الغرر الذي بناء متعارف الناس على المسامحة فيه بحيث لو بنى أحد على المداقة والمكايسة يلام ويوبخ، ولا وجه لنفيه في الشريعة المبنية على التسهيل والتيسير، والغرر في المقام على فرض وجوده من الثاني لا الأول فراجع حالات الناس في مزارعاتهم وتأمل، فلا وجه لبطلان الشرط فضلاً عن سرايته إلى بطلان العقد، هذه خلاصة ما قرره بعض مشائخنا العظام «قدست أسرارهم في دار السلام».

(٩١) قال به جمع ـ منهم المحقق في الشرايع ـ ونسب إلى ظاهر الأصحاب أيضاً، للتفويت، والإتلاف، وقاعدة «اليد» وقاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» وقاعدة «نفي الضرر».

والكل مردود .. أما الأولان: فلأنه لا تفويت ولا اتلاف لمال الغير في البين، إذ لا مال بعد حتى يتحقق التفويت، والإتلاف ويثبت الضمان وانما يجب عليه الاستنماء وتسليم الحصة بعد القسمة، وهذا يوجب الأثم بالمخالفة لما التزمه على نفسه بالعقد لا الضمان.

إن قيل: إن التفويت من حيث كونه سبباً لتضرر المالك فيثبت الضمان من هذه الجهة.

يقال: لا تضرر على المالك في شيء وإنما هو عدم وصول النفع إليه، كما إذا حبس أحد حراً فحرمه ومنعه عن عمله ولا يقولون فيه بالضمان.

---

(١) (٢) تقدم في ج: ١٧ صفحة: ٨.

المسمى في الإجارة (٩٢) ـ أو عدم ضمانه أصلاً (٩٣) غاية الأمر كـونه

ومنه يظهر أنه لا وجه لجريان قاعدة «اليد» إذ ليس تحت يد العامل شيء إلا الأرض وهي أمانة لم ينقص منها شيء فلا وجه للضمان، كما أنه لا موضوع لقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» أيضاً.

أما أولاً: فلأن الأرض أمانة وفي الأمانة الصحيحة لا ضمان في البين.

وأما ثانياً: فلأن المنساق من القاعدة ما إذا كان الفساد من الأول لا مثل المقام.

وأما توهم: أن الضمان هنا ضمان المعاوضة ولا ربط له باليد والإتلاف لأن الأرض انما أعطيت إلى العامل بأزاء العمل، وتقدم في معنى المزارعة انها اما إجارة الأرض للعمل أو إجارة النفس فيكون الضمان ضمان المعاوضة.

ففيه أولاً: أنه لم يعلم من الأدلة كونها من الإجارة موضوعاً.

نعم، هو احتمال من الاحتمالات ثبوتاً، إذ يحتمل كونها من المشاركات لا المعاوضات.

وثانياً: إن ظاهر قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» في المعاوضات انما هو فيما إذا كانت المعاوضة فاسدة من الأول لا فيما إذا امتنع أحد المتعاوضين عن الوفاء بما التزم فيبطل أصل العقد حينئذٍ، فلابد في الضمان من الاستناد إلى قاعدة أُخرى، والتمسك لاثبات الضمان بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك، وأما قاعدة: «نفي الضرر» فانما يوجب الخيار لا الضمان.

(٩٢) القياس مع الفارق لأن في الإجارة المنفعة خرجت من ملك المالك ودخل في ملك المستأجر وتسلمها بتسلم العين، وفي المقام لم يملك العامل شيئاً وانما حصل له حق التصرف في الأرض والزرع واستنمائه فلا ربط لأحدهما بالآخر.

(٩٣) لعدم موجب له كما مر.

آثماً (٩٤) بترك تحصيل الحاصل، أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن أو معذوراً فلا (٩٥)، أو ضمانه ما يعادل الحصة المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة (٩٦)، أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الأرض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع (٩٧)، أو الفرق بين ما إذا اطّلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن وبين صورة عدم إطلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن (٩٨) وجوه، وبعضها أقوال.

فظاهر بل صريح جماعة الأول، بل قال بعضهم يضمن النقص

---

(٩٤) لوجوب الوفاء بالعقود مع التمكن وعدم العجز فيكون تركه إثماً لا محالة.

(٩٥) تقدم انه لا منشأ لضمان أجرة الأرض مع الاختيار فضلاً عن العذر.

(٩٦) لا دليل له إلا الإتلاف وتقدم انه لا وجه له، إذ ليس في الخارج مال للمالك وأتلفه العامل حتى يضمن، وكذا بالنسبة إلى التفويت.

(٩٧) أي: بمقدار ما يصرف من العمل في استنماء حصة المالك لكون هذا المقدار ملكاً للمالك.

وفيه: أما بالنسبة إلى ضمان الحصة فلما تقدم في سابقه من عدم دليل وكذا بالنسبة إلى قيمة العمل فلا ضمان أيضاً للأصل، ولأنه لم يصر ملكاً للمالك، وإنما العمل للعامل ويجب عليه دفع حصة المالك من عمله بمقتضى معاهدته.

(٩٨) أما عدم الضمان في الأول فمعلوم لاقدام العامل بنفسه على عدم النفع.

وأما الضمان في الأخير فلابد وأن يكون مدركه أحدى الوجوه التي ذكرت في أول المسألة، وتقدم أن كلها مردودة فلا وجه للضمان أصلاً.

الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص (٩٩) واستظهر بعضهم الثاني، وربما يستقرب الثالث، ويمكن القول بالرابع، والأوجه الخامس، وأضعفها السادس (١٠٠).

ثم هذا كله إذا لم يكن الترك بسبب عذر عام وإلا فيكشف عن بطلان المعاملة (١٠١)، ولو انعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الأرض

---

(٩٩) ان كان هذا من جهة التفريط فلا ريب ولا إشكال في ضمانه، وإلا فلا وجه له لقاعدة «عدم تضمين الأمين إلا مع التعدي والتفريط».

(١٠٠) ظهر من جميع ما تقدم انه لا وجه لجميع الأقوال إلا الثاني، لأن الضمان مطلقاً يذور مدار أحدى الوجوه المزبورة في الوجه الأول، وظهر مما مر ضعفها بلا فرق في ذلك كله بين كون الأرض تحت استيلاء العامل أو المالك أو هما معاً لجريان الأصل وعدم تمامية دليل الضمان في الجميع، كما أنه ظهرت الخدشة لاثبات الضمان بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

ويمكن اختلاف الحكم باختلاف الجهات والخصوصيات الخارجية الغير المحدودة بحد خاص، فتصير تلك الخصوصيات..

تارة: منشاءً للضمان عند أهل الخبرة.

وأخرى: موجباً للنقص الحاصل فيصير جميع تلك الأقوال من باب النزاع اللفظي المختلف باختلاف تلك الخصوصيات المحفوفة بالموضوع، ولكن الأحوط التراضي مطلقاً خصوصاً فيما إذا كانت الأرض تحت استيلاء العامل.

(١٠١)) لما مر في الشرط السابع من اشتراط كون الأرض قابلة للزراعة فينتفي المشروط بانتفاء الشرط، ولا ضمان حينئذٍ على العامل بوجه للأصل بعد عدم دليل عليه.

نعم، لو أمكن زرع شيء آخر غير ما ذكر في عقد المزارعة وأذن له

بعد العقد فللعامل الفسخ (١٠٢) ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض (١٠٣) أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين (١٠٤)، أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه (١٠٥)، أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الأول بدعوى الفرق بينهما (١٠٦)

المالك و لم يفعل دخل في المسألة السابقة.

(١٠٢) لأن التسليم من الشروط البنائية الارتكازية العقلائية المقررة شرعاً فمع عدم تحققه يثبت خيار تخلف الشرط لا محالة.

(١٠٣) لكون الزارع مسلطاً على الأرض، والمالك قد حال بين الزارع وبين انتفاعه بعمله في الأرض التي يكون الزارع مسلطاً عليه بمقتضى القرار المزارعي.

وفيه: انه مخالف لما تسالموا عليه من أن منافع الحر انما يضمن بالاستيفاء لا بالتفويت، وجميع ما تقدم في المسألة السابقة لعدم الضمان يجري هنا أيضاً.

(١٠٤) لأن حق العامل في الواقع في حصته فقط لا في تمام الأرض ومنفعتها فالتفويت انما هو بالنسبة إلى حقه فقط فلابد من الضمان.

وفيه: إن الضمان لابد وأن يتحقق بالنسبة إلى ملك الغير، ولا موضوع للملك بعد فلا وجه للضمان إلا إذا رجع ذلك إلى ضمان حرمانه عن ثمرة عمله ولا يقولون به في الحرّ كما مر.

(١٠٥) ظهر مما مر أنه لا دليل على الضمان في صورة عدم العذر فضلاً عن وجوده.

(١٠٦) بدعوى: انه لا شيء للزارع هنا حتى يضمن بخلاف المسألة السابقة، فإن الأرض ومنفعتها كانت للمالك عطلها الزارع فيتصور فيها الضمان يظهر ذلك من الجواهر.

وجوه(١٠٧).

(مسألة ٨): إذا غصب الأرض بعد عقد المزارعة غاصب ولم يمكن الاسترداد منه فإن كان ذلك قبل تسليم الأرض إلى العامل تخير بين الفسخ وعدمه (١٠٨)، وإن كان بعده لم يكن له الفسخ (١٠٩)، وهل يضمن

وفيه: ما مر في المسألة السابقة من عدم وجه صحيح للضمان فيها لا ضمان اليد ولا المعاوضة فكذا في المقام.

(١٠٧) ظهر من جميع ما مر أنه لا وجه للضمان لا في المسأله السابقة ولا في المقام، والمصنف استوجه في المسألة السابقة الوجه الخامس وسكت في المقام، مع أن المسألتين داخل تحت كبرى واحدة فلا وجه للتفريق بينهما.

ويمكن اختلاف ذلك أيضاً باختلاف الجهات والخصوصيات المحفوفة بالموضوعات الخارجية، ويختلف الحكم بلحاظها لا محالة، وليس كل واحد من الموردين حينئذٍ داخلة تحت كبرى واحدة حتى تتعارض فيها الأقوال، بل كل مَن قال بقول لاحظ خصوصيةً خاصة في نظره لو أطلع عليه الآخر لقالوا بقوله أيضاً.

(١٠٨) لأن من الشروط البنائية العقلائية المقررة شرعاً في كل معاملة التسليم والتسلم، ومع عدم تحققه يثبت خيار تخلف الشرط، ولكن لا أثر لفسخه وعدمه لانفساخ المزارعة بعد التمكن من العمل ولا ضمان على العامل للمالك، وكذا العكس كما مر.

نعم، مع عدم الفسخ يدخل العامل في مورد الاحتمالات الآتية بالنسبة إلى ضمان الغاصب.

(١٠٩) لأصالة اللزوم فيحتمل ضمان الغاصب للعامل، كما يأتي في الاحتمالات ولا أثر لهذا اللزوم غير هذا.

الغاصب تمام منفعة الأرض في تلك المدة للمالك فقط (١١٠)، أو يضمن له بمقدار حصته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً له بمقدار حصته من النصف أو الثلث من منفعة الأرض ويضمن له أيضاً مقدار قيمة حصته من عمل العامل حيث فوّته عليه (١١١) ويضمن للعامل أيضاً مقدار حصته من منفعة الأرض (١١٢)؟ وجهان (١١٣)، ويحتمل ضمانه لكل منهما ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين (١١٤).

(مسألة ٩): إذا عين المال نوعاً من الزرع من حنطة أو شعير أو غيرهما تعين ولم يجز للزارع التعدي عنه (١١٥)، ولو تعدى إلى غيره

---

(١١٠) لبقاء منفعة الأرض على ملك المالك وعدم انتقاله إلى العامل، للأصل بعد عدم دليل عليه، وإنما يجب على المالك تسليمها إلى العامل للقرار الذي وقع بينهما في استنماء الأرض فالمنفعة فاتت تحت يد الغاصب، ومقتضى قاعدة «اليد» ضمانه لها بجميع ما فاتت أعم مما وقعت مورد عقد المزارعة وغيرها.

(١١١) ولكنه لا دليل على كون تفويت كل منفعة يوجب الضمان، بل مقتضى الأصل عدمه إلا مادل عليه الدليل بالخصوص وهو مفقود.

(١١٢) بدعوى: أن المالك والعامل أقدما على تحديد المنفعة بحد خاص فكأنهما أسقطا جميع المنافع إلا ما بنيا عليه من المنفعة، فلا وجه لضمان جميع المنافع.

وفيه: أن ضمان اليد انما هو بالنسبة إلى جميع ما ثبت يد الغاصب عليه، ولا ريب في كونه جميع المنافع الأعم مما بنيا عليه ومن غيره كما في سائر الموارد.

(١١٣) الظاهر هو الأول لو لم تكن قرينة خارجية يستفاد منها تعيين غيره.

(١١٤) ظهر مما تقدم انه لا وجه له، والأحوط لهما التصالح والتراضي.

(١١٥) لوجوب الوفاء بالعقد، مضافاً إلى الإجماع.

ذهب بعضهم (١١٦) إلى أنه إن كان ما زرع أضر مما عينه المالك كان المالك مخيراً بين الفسخ (١١٧)، وأخذ أجرة المثل للأرض والامضاء وأخذ الحصة من المزروع مع أرش النقص الحاصل من الاضر وإ ن كان أقل ضرراً لزم وأخذ الحصة منه (١١٨)، وقال بعضهم (١١٩)، يتعين أخذ أجرة المثل للأرض مطلقاً (١٢٠) لان ما زرع غير ما وقع عليه العقد فلا يجوز أخذ الحصة منه مطلقاً، والأقوى (١٢١) أنه إن علم أن المقصود مطلق الزرع وأن الغرض من التعيين ملاحظة مصلحة الأرض وترك ما يوجب ضرراً فيها، يمكن أن يقال إن الأمر كما ذكر من التخيير بين الأمرين(١٢٢) في صورة كون المزروع أضر وتعين الشركة في صورة كونه

---

(١١٦) كالمحقق في الشرايع والعلامة في التذكرة والشهيد في اللمعة.

(١١٧) أما أصل ثبوت الخيار فلقاعدة «نفي الضرر والضرار»، وأما التخيير بين الأمرين المذكورين فلعدم شق ثالث في البين، ولا إشكال في ضمان العامل في المقام للتعدي، ولكن تأتي الخدشة في أصل ثبوت الخيار.

(١١٨) أما اللزوم فلما دل على لزوم المزارعة، ويترتب عليه أخذ الحصة هذا إذا أحرز أن التعيين بنحو تعدد المطلوب، وأما إن كان بنحو التقييد الحقيقي فلا وجه للّزوم كما يأتي ومنه يظهر حكم المساوي، فالتعدي إما إلى أكثر ضرراً أو إلى الاقل أو إلى المساوي وحكم الأخيرين واحد.

(١١٩) كالمحقق والشهيد الثانيين ومن تبعهما فحكموا بضمان أجرة المثل في جميع صور التعدي لقاعدة «اليد» بعد بطلان العقد.

(١٢٠) لعدم حق للعامل بعد فرض بطلان أصل العقد.

(١٢١) كيف يكون هذا أقوى مع ما يأتي منه من أن التحقيق خلافه.

(١٢٢) لا وجه للخيار مع امكان تدارك ضرره بوجه آخر ـ من أخذ التفاوت من العامل الذي حصل النقص بتجاوزه ـ فيستحق أخذ الحصة مع كون تعيين

أقل ضرراً (١٢٣)، لكن التحقيق مع ذلك خلافه (١٢٤)، وإن كان التعيين لغرض متعلق بالنوع الخاص لا لاجل قلة الضرر وكثرته فإما أن يكون التعيين على وجه التقييد والعنوانية (١٢٥)، أو يكون على وجه تعدد المطلوب والشرطية، فعلى الأول إذا خالف ما عين فبالنسبة إليه يكون كما لو ترك الزرع أصلاً (١٢٦) حتى انقضت المدة (١٢٧)، فيجري فيه الوجوه

الحصة من باب تعدد المطلوب، لفرض شمول العقد لمطلق المزروع وكون التعيين من باب تعدد المطلوب كما أن له أخذ التفاوت كما مر لمكان التعدي، وإن كان التعيين بنحو وحدة المطلوب فلا موضوع لأخذ الحصة لبطلان العقد فيتعين أخذ أجرة المثل.

(١٢٣) مع كون التعيين من باب تعدد المطلوب لا الوحدة.

ثم أن المراد بوحدة المطلوب وتعدده انما هو الوحدة والتعدد بحسب الاغراض المعاملية النوعية العرفية، ولا ريب في صحة تصوير ذلك عندهم كما أن المراد بالشرطية والقيدية ذلك أيضاً ويعبر عن القيدية بالعنوانية أيضاً.

نعم، الشرطية بالمعنى الأعم يصح انطباقها على كل من وحدة المطلوب وتعدده، ولكن إذا أطلقت في مقابل القيدية يراد بالشرطية تعدد المطلوب، ولا وجه للإشكال على الماتن وغيره وتطويل الكلام في ذلك كما عن بعض.

(١٢٤) لما مر آنفاً من إمكان جبر النقص بوجه آخر فلا وجه للخيار في مقابل اصالة اللزوم.

(١٢٥) المراد بالعنوانية هو التقييد الأصولي، والشرط أعم من التقييد الأصولي وغيره.

(١٢٦) لأن ما قيد به العقد لم يقع وما وقع لم يكن العقد مقيداً ومعنوناً به فيصير شيء آخر غير عقد المزارعة فيدخل في موضوع تلك المسألة.

(١٢٧) إذ لا فرق في الترك بين أن يترك الزرع رأساً ويعطل الأرض، أو زرع

الستة المتقدمة في تلك المسألة، وأما بالنسبة إلى الزرع الموجود فإن كان البذر من المالك فهو له (١٢٨)، ويستحق العامل أجرة عمله على إشكال في صورة علمه بالتعيين وتعمده الخلاف لاقدامه حينئذٍ على هتك حرمة عمله (١٢٩)، وإن كان البذر للعامل كان الزرع له (١٣٠) ويستحق المالك عليه أجرة الأرض (١٣١) مضافاً إلى ما استحقه من بعض الوجوه المتقدمة(١٣٢)، ولا يضر استلزامه الضمان للمالك من قبل أرضه

غير ما أمر به المالك لأنه أيضاً ترك لما وقع عليه العقد.

(١٢٨) لقاعدة التبعية التي هي من القواعد العقلائية المقررة في الشريعة.

(١٢٩) ولم يحصل تسبب من المالك لاستيفاء عمله حتى يكون ضامناً لأجرة عمله من جهة أصالة الاحترام في العمل؛ لأن ما تسبب به المالك لم يحصل وما حصل لم يكن للمالك تسبب إليه فمقتضى الأصل عدم الضمان، وكذا في صورة جهل العامل لأصالة براءة ذمته عن الضمان بعد عدم تحقق تسبب منه إليه، وهذه الجهة مثل صورتي العلم والجهل معاً كما أن العامل لا يكون ضامناً لقيمة البذر وأجرة الأرض لأن ذلك احسان بالنسبة إلى المالك و﴿**ما على المحسنين من سبيل**﴾[1].

وتوهم ان التسبب في الذات والطبيعة يكفي في التسبب للفرد فيحصل التسبب من المالك فيكون ضامناً للمسمى .

فاسد لأنه فيما إذا كانت الافراد داخلة تحت طبيعة واحدة لا فيما إذا كانت هناك طبيعتين مختلفتين كما في المقام.

(١٣٠) لما تقدم من قاعدة التبعية.

(١٣١) لفرض انتفاعه منها بغير ما أذن به المالك.

(١٣٢) إن قلنا بالضمان فيه وتقدم أنه لا وجه له.

---

(١) سورة التوبة: ٩١.

مرتين (١٣٣) على ما بينا في محله لأنه من جهتين (١٣٤)، وقد ذكرنا نظير ذلك في الإجارة أيضاً (١٣٥).

وعلى الثاني (١٣٦) يكون المالك مخيراً بين أن يفسخ المعاملة لتخلف شرطه (١٣٧)، فيأخذ أجرة المثل للأرض (١٣٨) وحال الزرع الموجود حينئذٍ ما ذكرنا من كونه لمن له البذر (١٣٩) وبين أن لا يفسخ

---

(١٣٣) أي: ضمان الأرض لقاعدة «اليد» بعد بطلان المعاوضة وضمان استيفاء منفعة الأرض مخالفة المالك فيما عينه للزرع.

(١٣٤) أي: جهة استيفاء المنفعة وجهة ضمان اليد بالنسبة إلى الأرض.

(١٣٥) راجع (مسألة ٦) من (فصل يكفي في صحة الإجارة كون المؤجر مالكاً للمنفعة)، هذا إذا أمكن تصوير ضمانين في المقام ضمان المعاوضة وضمان اليد، وأما مع عدم امكانه فالتنظير في غير المحل.

(١٣٦) أي: ما إذا أخذ التعيين بنحو تعدد المطلوب والشرطية الخارجة عن قوام المزارعة.

(١٣٧) ويسمى هذا بخيار الاشتراط كما في جميع موارد تخلف الشرط.

(١٣٨) إذا كان البذر للعامل يعني بالنسبة إلى الزمان المتقدم على الفسخ، وأما بالنسبة إلى ما بعده فيصح لهما التراضي بالابقاء مع الاجرة إن كان البذر من العامل، كما أنه يجوز للمالك القلع حينئذٍ، وأما إن كان البذر للمالك فلا وجه لاستحقاقه أجرة مثل الأرض على العامل لفرض أن الزرع وقع بإذن المالك ويكون له.

(١٣٩) لما مر من قاعدة التبعية، لكن إذا كان البذر للمالك وصار الحاصل له يستحق العامل عليه أجرة العمل، لأن عمله وقع بإذنه فيكون محترماً بخلاف الصورة السابقة التي كان التعيين بعنوان تقييد أصل المعاملة به وكونه من مقوماته بحيث ينعدم أصلها وأصل الإذن عند التخلف

ويأخذ حصته من الزرع الموجود بإسقاط حق شرطه (١٤٠)، وبين أن لا يفسخ ولكن لا يسقط حق شرطه أيضاً بل يغرم العامل (١٤١) على بعض الوجوه الستة المتقدمة ويكون حال الزرع الموجود كما مر من كونه لمالك البذر (١٤٢).

فتسقط أجرة عمله لعدم الإذن.

(١٤٠) لقاعدة ان لكل ذي حق اسقاط حقه إلا إذا دل دليل على الخلاف، وإذا أسقط حقه تصح المزارعة بلا شرط وتصير حصته له.

(١٤١) يعني لا يسقط حق شرطه، ويطالب العامل بعوض التصرف الغير المأذون فيه من جهة مخالفته للشرط فيصير تصرفه بلا إذن لا محالة.

وفيه: أولاً أن المفروض أن الإذن انحلالي فلا وجه لاحتمال عدم الإذن في أصل المزارعة كما في كل معاملة اشترط فيها شرط وخولف الشرط حيث انه لا وجه لاحتمال عدم الإذن والا لفسد أصل المعاملة، وهو مناف لاعتراف المالك بالإذن، وتقدم أن هذا هو الفارق بين المقومية والشرطية.

وثانياً: لا وجه للتغريم والضمان عند تخلف الشرط مع كون المالك معترفاً بالإذن، ولا يقولون به في سائر موارد خيار الاشتراط، وانما يوجب تخلف الشرط الخيار فقط إلا إذا ثبت بدليل خارجي ثبوت الأرش في البين كما في خيار العيب واشتراط البكارة والختان عند بعض، وتقدم التفصيل في خيار العيب ولا دليل عليه في المقام.

وثالثاً: لا وجه لكون الغرامة على بعض الوجوه المتقدمة كما صرح قدس سره بذلك، لأنه على فرض ثبوت الغرامة فهو تابع لدلالة دليلها على فرض ثبوت الدليل لها، مع أنه تقدم فيها عدم الضمان فكيف بالمقام الذي يكون المالك معترفاً بالإذن، ثم على فرض صحة تغريم العامل فهو على ما به التفاوت بين الزرعين، ولكن أصل التغريم باطل كما مر.

(١٤٢) كيف يكون لمالك البذر مع اعترافهما ببقاء العقد وعدم تحقق

(مسألة ١٠): لو زارع على أرض لا ماء لها فعلاً لكن أمكن تحصيله بعلاج من حفر ساقية أو بئر أو نحو ذلك فإن كان الزارع عالماً بالحال صح ولزم وإن كان جاهلاً كان له خيار الفسخ (١٤٣)، وكذا لو كان الماء مستولياً عليها وأمكن قطعه عنها (١٤٤)، وأما لو لم يمكن التحصيل في الصورة الأولى أو القطع في الثانية كان باطلاً (١٤٥)، سواء كان الزارع عالماً أو جاهلاً (١٤٦)، وكذا لو انقطع في الاثناء ولم يمكن تحصيله أو استولى عليها ولم يمكن قطعه (١٤٧)، وربما يقال بالصحة مع علمه بالحال(١٤٨)،

الفسخ والانفساخ، بل الزرع الموجود يكون بينهما على حسب القرار الذي بنيا عليه.

(١٤٣) أما الأول فللإطلاقات والعمومات الدالة على الصحة واللزوم الشاملة لهذه الصورة.

وأما الثاني فلأنه من تخلف الشرط البنائي الذي هو كتخلف الشرط الذي لابد من تقييده بما إذا كان في تحصيله ضرر للعامل، وإلا فلا وجه للخيار لفرض أن الشرط حينئذٍ كان حاصلاً فلا وجه لخيار تخلف الشرط.

(١٤٤) لعين ما تقدم في سابقه من غير فرق.

(١٤٥) لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه، وتقدم في الشرط السابع اعتبار هذا الشرط فراجع.

(١٤٦) لأن شرط عدم المانع ووجود المقتضي للزراعة في الأرض شرط واقعي لا يفرق فيه بين صورتي العلم والجهل.

(١٤٧) لأن الشرط استمراري لا أن يكون حدوثياً فقط كما هو مقتضى السيرة وظواهر الأدلة.

(١٤٨) يظهر ذلك من الشرايع والقواعد، ولعل نظرهما ﷺ إلى قاعدة الاقدام على هتك العمل.

ولا وجه له (١٤٩)، وإن أمكن الانتفاع بها بغير الزرع لاختصاص المزارعة بالانتفاع بالزرع.

نعم، لو استأجر ارضاً للزراعة مع علمه بعدم الماء وعدم إمكان تحصيله أمكن الصحة لعدم اختصاص الإجارة بالانتفاع بالزرع إلا أن يكون على وجه التقييد فيكون باطلاً أيضاً (١٥٠).

(مسألة ١١): لا فرق في صحة المزارعة بين أن يكون البذر من المالك أو العامل أو منهما (١٥١)، ولابد من تعيين ذلك إلا ان يكون هناك

---

(١٤٩) لعدم تحقق موضوع المزارعة بعد عدم صلاحية الأرض للزرع وإن أقدم العامل على هتك عمله، ويمكن أن يكون نظرهما إلى صورة امكان تحصيل الماء للعامل بصعوبة فتصح حينئذٍ للإقدام على تحمله للصعوبة بنفسه.

(١٥٠) لانتفاء المقيد بانتفاء القيد المقوم، ويمكن أن يكون مراد المحقق والعلامة ما إذا استأجر الأرض بداعي الزرع مع علم العامل بعدم القابلية فتكون الإجارة صحيحة لأن تخلف الداعي لا يوجب بطلان العقد، ولو شك في أنه من الداعي أو التقييد فمقتضى الظاهر هو الثاني إلا مع القرينة على الأول.

(١٥١) للإطلاق، والسيرة؛ وظهور الاتفاق، وما ورد في بعض الأخبار من ذكر بعض الاقسام ليس من باب التخصيص به، بل من باب الغالب في تلك الأزمنة أو من باب المثال، كخبر ابن شعيب عن الصادقعليه السلام قال: «سألته عن المزارعة؟ فقالعليه السلام: النفقة منك والأرض لصاحبها فما خرج الله من شيء قسم على الشطر، وكذلك أعطى رسول اللهصلى الله عليه وآله خيبر حين أتوه فأعطاهم اياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت»[١]، وخبر الكرخي عنهعليه السلام أيضاً: «أشارك العلج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام

---

(١) (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة.

معتاد ينصرف إليه الإطلاق (١٥٢)، وكذا لا فرق بين أن تكون الأرض مختصة بالمزارع أو مشتركة بينه وبين العامل (١٥٣)، وكذا لا يلزم أن يكون تمام العمل على العامل فيجوز كونه عليهما، وكذا الحال في سائر المصارف.

وبالجملة هنا أمور أربعة: الأرض والبذر والعمل والعوامل، فيصح أن يكون من أحدهما أحد هذه ومن الآخر البقية، ويجوز أن يكون من كل منهما اثنان منها، بل يجوز أن يكون من أحدهما بعض أحدها ومن الآخر

والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً فتكون القسمة، فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقى على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قال عليه السلام: لا بأس بذلك»[1]، وليس للفقيه التدخل في هذه الموضوعات لأن الزارعين أعرف بهذه الأمور منهم والأدلة وردت على طبق مرتكزاتهم، ولو قلنا بأن في هذا الأمر النوعي النظامي يكون منع الشارع مانعاً لا أن يكون بيانه لحدوده وقيوده شرطاً لكان قولاً صحيحاً.

(١٥٢) أما الأول فلظهور الاتفاق، وسيرة الزارعين عليه دفعاً للخصومة واللجاج وتمسكاً بالتعيين لدى الاحتجاج.

وأما الأخير فلأن الانصراف المعتبر بمنزلة التعيين.

(١٥٣) لما مر في سابقه من غير فرق.

نعم، الغالب في بعض الأمكنة كون الأرض من المالك، وهو لا يوجب تقييد أصل المزارعة المأذون فيها شرعاً كما هو معلوم.

وما عن بعض الشراح من أن ذلك يتوقف على صدق المزارعة وهو مشكوك.

مردود، بأن المناط في الصدق انما هو على الصدق العرفي عند المزارعين والدهاقين لا الصدق عند نظر الفقيه الذي يكون بنائه على التشكيك

البقية، كما يجوز الاشتراك في الكل فهي على حسب ما يشترطان (١٥٤)، ولا يلزم على مَن عليه البذر دفع عينه فيجوز له دفع قيمته، وكذا بالنسبة إلى العوامل كما لا يلزم مباشرة العامل بنفسه فيجوز له أخذ الأجير على العمل إلا مع الشرط (١٥٥).

(مسألة ١٢): الأقوى جواز عقد المزارعة بين أزيد من اثنين بأن تكون الأرض من واحد والبذر من آخر والعمل من ثالث والعوامل من رابع، بل يجوز أن يكون بين أزيد من ذلك كأن يكون بعض البذر من واحد وبعضه الآخر من آخر، وهكذا بالنسبة إلى العمل والعامل، لصدق المزارعة(١٥٦) وشمول الإطلاقات، بل يكفي العمومات

حتى في العرفيات المسلمة.

وقد راجعنا بعض خبراء المزارعين وثقاتهم فقالوا إن كل ذلك مزارعة.

(١٥٤) لعموم ما يدل على وجوب الوفاء بالشرط ما لم يكن نهي شرعي في البين وهو مفقود، ولان الحق لا يتعدى منهما فلهما أن يتراضيا عليه بكل ما شاءا وأرادا، وقد وسع في المزارعة بما لم يوسع في غيره تسهيلاً على المزارعين.

نعم، الغالب في بعض البلاد كون الأرض من المالك، وذلك لا يوجب تقوم أصل المزارعة بذلك.

ومن ذلك ظهر حكم الصور الكثيرة التي ذكروها في المقام فلا وجه لعدها تفصيلاً بعد وضوح أصل الكبرى.

(١٥٥) كل ذلك للإطلاق، وظهور الاتفاق، والسيرة في الجملة وعدم دليل على المنع بعد تحقق التراضي على ما بنيا عليه فلهما أن يتراضيا بكل ما أرادا.

وتوهم: أن الأصل في العمل المباشرة.

باطل، بل الأصل فيه الأعم منه لبناء الفقهاء على أن كل عمل يقبل النيابة إلا ما خرج بالدليل.

(١٥٦) أشكل عليه بعدم الصدق تارة، وبعدم عموم في المزارعة يشمل هذا

العامة (١٥٧)، فلا وجه لما في المسالك من تقوية عدم الصحة بدعوى أنها على خلاف الأصل فتتوقف على التوقيف من الشارع ولم يثبت عنه ذلك. ودعوى: أن العقد لابد أن يكون بين طرفين موجب وقابل فلا يجوز تركبه من ثلاثة أو أزيد على وجه تكون أركاناً له، مدفوعة: بالمنع فإنه أول الدعوى (١٥٨).

أُخرى.

وكلاهما باطل. أما الأول: فالوجدان والعرف واللغة يحكم بأنها مزارعة بين أكثر من أثنين.

نعم، لعل الغالب كونها بين اثنين ولا ريب في أن الغلبة الوجودية لا تكون من المقومات.

وأما الثاني فأي عموم أقوى وأولى من قول أبي عبدالله عليه السلام: «ازرعوا واغرسوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه»[1]، وهو يشمل جميع ما يتصور فيها من فروض الموضوع إلا ما دل دليل على الخلاف.

وما يتوهم: انه في مقام بيان أصل الجواز فلا يشمل الفروض المتصورة في موضوعها.

مدفوع: بأن كل عموم ورد في مقام التشريع يتمسك به مطلقاً إلا مع وجود مخصص في البين وهو مفقود، مضافاً إلى ما تقدم من أن في هذه المعاملة النوعية النظامية نحتاج إلى ورود ردع عن شيء منها بالخصوص والا فمطلق التراضي كافٍ فيها.

(١٥٧) أشكل عليها بأنها لا تكفي في صدق المزارعة.

وهذا الإشكال عجيب لأنه بعد قصد المزارعة والانطباق القهري على ما وقع والصدق العرفي أيضاً كيف لا تكفي العمومات لاثباتها.

(١٥٨) لا ريب في تقوم العقد بالموجب والقابل، ولكن لا دليل على اعتبار

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب المزارعة والمساقاة: ١.

(مسألة ١٣): يجوز للعامل أن يشارك غيره في مزارعته (١٥٩)، أو يزارعه في حصته (١٦٠) من غير فرق بين أن يكون البذر منه أو من المالك(١٦١)

كونهما واحداً بالوحدة الشخصية فيصح بكلما تتحقق به نظام المعاملة والمعاهدة والقرار المعاملي، وأصل الاشتباه حصل من اقتصار النظر إلى ما هو الواقع في الخارج خصوصاً في الأزمنة القديمة من كون كل عقد بين اثنين شخصين، وأما التمسك لعدم الصحة بين أكثر من اثنين بمثل خبر أبي الربيع الشامي من المنع عن التسمية للبذر ثلثاً والبقر ثلثاً[1]، فلا ربط له بالمقام..

أما أولاً فلأن مورده كون المزارعة بين الأثنين.

وأما ثانياً فلسقوطه بالإعراض فالعمومات والإطلاقات متبعة مع الصدق العرفي؛ وأما مع الشك في الصدق العرفي فتصح على ما تراضوا عليه لعموم: **﴿تجارة عن تراض﴾**[2]، وإن لم يدخل في عنوان المزارعة.

(١٥٩) المراد بهذه المشاركة جعل الغير مزارعاً مثل نفسه، واعتبار هذه الصفة بالنسبة إليه وهو صحيح عرفاً بلا إشكال.

(١٦٠) لقاعده السلطنة وظهور الإجماع في كل منهما.

(١٦١) أما في الصورة الأولى فلكونه ملكه، و«الناس مسلطون على أموالهم»[3].

وأما في الصورة الثانية فلفرض كونه مسلطاً من المالك على تنميته فحصل للعامل نحو حق بالنسبة إليه مع عدم قيد المباشرة، ولا وجه لعدم اعتبار المباشرة إلا جواز نقل هذا الحق إلى الغير تماماً أو إتماماً، وتقتضيه أصالة جواز

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة: ١٠.

(٢) سورة النساء: ٢٩.

(٣) البحار ج: ٢ ص ٢٧٢ ط الحديثة.

ولا يشترط فيه إذنه (١٦٢).

نعم، لا يجوز تسليم الأرض إلى ذلك الغير إلا بإذنه (١٦٣)، وإلا كان ضامناً كما هو كذلك في الإجارة أيضاً (١٦٤)، والظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك بصلح ونحوه بعوض ولو من خارج أو بلا عوض (١٦٥)، كما يجوز نقل حصته إلى الغير سواء كان

النيابة والوكالة في كل شيء إلا ما دل دليل على الخلاف وهو مفقود في المقام، فما نسب في المسالك إلى بعض من عدم الصحة فيما إذا كان البذر للمالك لا وجه له على فرض وجود هذا القول، ولكن عن جمع عدم الظفر عليه ولا على قائله لا من العامة ولا من الخاصة وعلى فرض وجود هذا القول يمكن حمله على ما إذا كانت في البين قرينة دالة على المنع.

(١٦٢) لأن عدم اعتبار كون المزارعة بنفسه لنفسه إذن في صحة النيابة والإيكال إلى الغير كلاً أو بعضاً كما في الإجارة مع عدم اشتراط المباشرة.

(١٦٣) لأصالة عدم التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

هذا إذا لم يستفاد من عدم اعتبار المباشرة اذنه في التسليم بالملازمة العرفية، وإلا فلا نحتاج إلى إذن جديد لفرض حصول الإذن سابقاً بالملازمة العرفية.

(١٦٤) لا ريب في الضمان مع عدم الإذن ـ ولو بالملازمة ـ لتطابق العقل والنقل عليه.

أما الأول فلأنه ظلم.

وأما الأخير فلقوله تعالى: ﴿**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل**﴾[1]، وقوله ﷺ: «لا يحل مال أمرء مسلم إلا بطيب نفسه»[2]، وتقتضيه قاعدة «اليد».

(١٦٥) لأنه لا ريب في حصول حق للعامل في المزارعة، ويجوز لكل ذي

---

(١) سورة النساء: ٢٩.

(٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب مكان المصلي حديث: ١.

ذلك قبل ظهور الحاصل أو بعده (١٦٦)، كل ذلك لأن عقد المزارعة من العقود اللازمة الموجبة لنقل منفعة الأرض(١٦٧)نصفاً أو ثلثاً أو نحوهما إلى العامل فله نقلها إلى الغير بمقتضى قاعدة السلطنة، ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يكون المالك شرط عليه مباشرة العمل بنفسه أو لا (١٦٨)، إذ لا منافاة بين صحة المذكورات وبين مباشرته للعمل إذ لا يلزم في صحة المزارعة مباشرة العمل فيصح أن يشارك أو يزارع غيره ويكون هو المباشر دون ذلك الغير (١٦٩).

حق نقل حقه إلى غيره بعوض أو بغير عوض إلا مع الدليل على الخلاف وهو مفقود في المقام.

(١٦٦) لما مر في سابقه من غير فرق.

وتوهم: انه قبل ظهور الحاصل لا وجود للحصة حتى تقبل النقل.

مردود: بأنه لا ريب في تعلق الحق بها، ويكفي في متعلق الحق صحة الاعتبار العرفي ولو لم يكن فعلياً من كل وجه فينقل هذا الحق المعتبر عرفاً؛ إذ الاعتباريات خفيفة المؤنة من كل جهة.

(١٦٧) لا ريب في ثبوت هذا الحق شرعاً وعرفاً، كما ان مقتضى أصالة سلطنة الناس على أموالهم وحقوقهم صحة نقل هذا الحق، فالمقتضي للنقل موجود والمانع عنه مفقود، ولا فرق بين كون متعلق الحق هو المنفعة أو الانتفاع لثبوت أصل الحق القابل للنقل على كل تقدير.

(١٦٨) يأتي آنفاً ان في بعض أقسام المباشرة لا يجوز ذلك كما يأتي في (مسألة ١٥) بعض ما يرتبط بالمقام.

(١٦٩) المباشرة في المقام على أقسام أربعة:

الأول: عدم ملاحظتها وتقييدها أصلاً.

الثاني: التقييد بها بأن يكون العمل بنفسه ومن نفسه.

(مسألة ١٤): إذا تبين بطلان العقد فإما إن يكون قبل الشروع في العمل، أو بعده وقبل الزرع بمعنى نثر الحب في الأرض، أو بعده وقبل حصول الحاصل، أو بعده، فإن كان قبل الشروع فلا بحث ولا إشكال(١٧٠)، وإن كان بعده وقبل الزرع بمعنى الاتيان بالمقدمات من حفر النهر وكري الأرض وشراء الآلات ونحو ذلك فكذلك (١٧١).

نعم، لو حصل وصف في الأرض يقابل بالعوض من جهة كريها أو حفر النهر لها أو إزالة الموانع عنها كان للعامل قيمة ذلك الوصف (١٧٢)، وإن لم يكن كذلك وكان العمل لغواً فلا شيء له (١٧٣)، كما أن الآلات لمن أعطى ثمنها (١٧٤)، وإن كان بعد الزرع كان الزرع لصاحب البذر(١٧٥)، فإن كان للمالك كان الزرع له وعليه للعامل أجرة عمله

الثالث: التقييد بها بأن يكون العمل بنفسه سواء كان من نفسه أو من غيره.

الرابع: التقييد بها بأن يكون العمل بنفسه لغيره، وفي الكل يجوز المشاركة مع الغير إلا في القسم الثاني.

(١٧٠) في أنه لا يجب شيء على العامل ولا على المالك مطلقاً من قسمة شيء أو أجرة كل ذلك للأصل والإجماع بعد عدم وقوع عمل من العامل، كما هو المفروض.

(١٧١) بناء على أن المعاملة كانت على الزرع والمقدمات كانت خارجة عنها مطلقاً، وإلا فعمله محترم لابد للمالك من تدارك عوض عمله بعد حصول التسبب منه إلى استيفاء منفعة عمله، والمناط كله حكم ثقات أهل الخبرة في تعيين الموضوع.

(١٧٢) لاحترام عمله فيحترم أثر عمله قهراً.

(١٧٣) للأصل والعرف والإجماع.

(١٧٤) لأن ذلك هو مقتضى المعاوضة، مضافاً إلى ظهور الإجماع.

(١٧٥) لقاعدة «التبعية» وظهور الإجماع.

وعوامله (١٧٦)، وإن كان للعامل كان له وعليه أجرة الأرض للمالك(١٧٧)، وإن كان منهما كان لهما على النسبة نصفاً أو ثلثاً ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من تلك النسبة (١٧٨)، وإن كان من ثالث فالزرع له وعليه للمالك أجرة الأرض وللعامل أجرة عمله وعوامله(١٧٩) ولا يجب على المالك إبقاء الزرع إلى بلوغ الحاصل(١٨٠) إن كان التبين قبله بل له أن يأمر بقلعه وله أن يبقى بالأجرة إذا رضي صاحبه وإلا فليس له إلزامه بدفع الأجرة (١٨١)، هذا كله مع الجهل بالبطلان، وأما مع العلم فليس للعالم منهما الرجوع على الآخر بعوض أرضه أو عمله لأنه هو الهاتك لحرمة ماله أو عمله فكأنه متبرع به (١٨٢)، وإن كان الآخر أيضاً

---

(١٧٦) لقاعدة «الضمان في استيفاء العمل المحترم» التي هي من القواعد النظامية المقررة شرعاً.

(١٧٧) لقاعدة «الضمان في استيفاء منفعة مال الغير».

(١٧٨) جمعاً بين القاعدتين قاعدة «تبعية النماء للمالك» وقاعدة «الضمان» بالاستيفاء.

(١٧٩) أما كون الزرع له فلقاعدة التبعية، وأما الأخيران فلقاعدة الضمان بالاستيفاء.

(١٨٠) لأن «الناس مسلطون على أموالهم»[1]، وهي قاعدة نظامية مقررة شرعاً حتى لو تضرر صاحب البذر بذلك لفرض أن العقد فاسد وبنائهم على جريان أحكام الغصب على العقد الفاسد، ولكن فيه تفصيل تعرضنا له في المقبوض بالعقد الفاسد.

(١٨١) للأصل بعد عدم دليل على ثبوت هذه الولاية للمالك.

(١٨٢) لا ريب في أن العلم بالبطلان شرعاً في المعاملات الباطلة أعم من

---

(١) البحار ج: ٢ صفحة: ٢٧٢ ط الحديثة.

عالماً بالبطلان، ولو كان العامل بعد ما تسلم الأرض تركها في يده بلا زرع فكذلك يضمن أجرتها للمالك مع بطلان المعاملة لفوات منفعتها تحت يده(١٨٣)، إلا في صورة علم المالك بالبطلان لما مر (١٨٤).

(مسألة ١٥): الظاهر من مقتضى وضع المزارعة ملكية العامل لمنفعة الأرض (١٨٥) بمقدار الحصة المقررة له وملكية المالك للعمل على العامل بمقدار حصته واشتراك البذر بينهما على النسبة (١٨٦)، سواء كان

التبرع والمجانية بالنسبة إلى المال والعمل، فأصالة احترامهما جارية إلا مع دليل معتبر على الخلاف مضافاً إلى قاعدة «اليد».

(١٨٣) فتشمله قاعدة «اليد» اليموجبة للضمان.

(١٨٤) ومر أن العلم بالبطلان لا توجب المجانية، لا المجانية القصدية لفرض عدم قصدها ولا الانطباقية القهرية لفرض عدم الانطباق عرفاً لكثرة المعاملات الباطلة لديهم.

(١٨٥) فيه: أولاً إن كون ذلك مقتضى وضع المزارعة من مجرد الدعوى لاختلافها باختلاف الأزمنة والأمكنة وسائر الجهات.

وثانياً: إن مجرد ثبوت الحق في الجملة لكل منهما على الآخر ببذل ما جعل عليه مما له دخل في المزارعة مسلم لا إشكال فيه.

وأما ملكية العامل لمنفعة الأرض بقدر الحصة المقررة له، وملكية العامل على المالك بمقدار حصته إلى آخر ما قاله رحمه الله، فشيء تتبع القرائن الخارجية فمع وجودها تثبت ومع عدمها يكون مقتضى الأصل عدمها وإن ثبت الحق في الجملة، ولا ريب في أن الحق أعم من الملكية.

(١٨٦) لا وجه لهذا الاشتراك لا ثبوتاً ولا إثباتاً، بل هو تابع للقرار الواقع بينهما فقد يكون على الاشتراك وقد يكون على غيره، ومع الإطلاق يتبع ما هو المتعارف ومع عدم التعارف لابد من التعيين.

منهما أو من أحدهما أو من ثالث فإذا خرج الزرع صار مشتركاً بينهما على النسبة (١٨٧) لا أن يكون لصاحب البذر إلى حين ظهور الحاصل (١٨٨)، فيصير الحاصل مشتركاً من ذلك الحين - كما ربما يستفاد من بعض الكلمات (١٨٩) - أو كونه لصاحب البذر إلى حين بلوغ الحاصل وإدراكه فيصير مشتركاً في ذلك الوقت - كما يستفاد من بعض آخر (١٩٠) -.

نعم، الظاهر جواز إيقاع العقد على أحد هذين الوجهين مع التصريح والاشتراط به من حين العقد (١٩١)، ويترتب على هذه الوجوه ثمرات:

---

(١٨٧) هذا أيضاً مما لا وجه له بل يجري فيه عين ما تقدم في سابقه بلا فرق.

(١٨٨) لا وجه لهذه الكلية بل تابع للخصوصيات والجهات الخاصة، ومع عدمها لابد من التراضي.

(١٨٩) كقولهم في تعريف المزارعة: بأنها «المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها».

وفيه.. **أولاً:** يمكن أن يكون المراد من الحاصل المعنى الأعم الشامل لجميع المراتب.

وثانياً: انهم لاحظوا المراتب الدانية المنطوية في المرتبة العليا ولذا عبروا بهذه العبارة.

(١٩٠) كل ذلك تابع للجعل والقرار المعاملي الواقع بينهما بأي نحو تبانيا عليه ما لم يكن نهي شرعي في البين، كما انه مبني على ما هو المتعارف في كل زمان ومكان، ومع عدم التعارف وعدم القرار المعاملي الظاهر في شيء لابد من التصالح والتراضي، وليس هذه الأمور من الموضوعات المستنبطة حتى يرجع فيها إلى الفقيه ويكون نظره متبعاً فيها.

(١٩١) للعمومات والإطلاقات إلا إذا كان الشرط منافياً للكتاب والسنة

منها: كون التبن أيضاً مشتركاً بينهما على النسبة على الأول دون الأخيرين(١٩٢) فإنه لصاحب البذر.

ومنها: في مسألة الزكاة (١٩٣).

ومنها: في مسألة الانفساخ أو الفسخ في الاثناء (١٩٤) قبل ظهور الحاصل.

ومنها: في مسألة مشاركة الزارع مع غيره (١٩٥) ومزارعته معه.

ومنها: في مسألة ترك الزرع إلى ان انقضت المدة (١٩٦) إلى غير ذلك.

(مسألة ١٦): إذا حصل ما يوجب الانفساخ في الاثناء قبل ظهور الثمر أو بلوغه كما إذا انقطع الماء عنه ولم يمكن تحصيله أو استولى عليه ولم يمكن قطعه أو حصل مانع آخر عام فالظاهر لحوق حكم تبين البطلان

فيسقط حينئذٍ، وكذا لو كان منافياً لمقتضى العقد إن ثبت أن له مقتضىً دائمياً بحيث لا ينبغي أن يتخلف عنه.

(١٩٢) لأنه على الأول وقع جزءً من المزارعة فيشتركان فيه بخلاف الأخيرين.

(١٩٣) لوجود المقتضي لوجوبها وفقد المانع، ويأتي التعرض لذلك في (مسألة ٢١).

(١٩٤) فيكون الزرع الموجود مشتركاً بينهما، ويأتي التعرض له في (مسألة ١٧).

(١٩٥) لا اختصاص لهذه الثمرة بالوجه الأول، إذ تصح المشاركة على جميع الوجوه مع عدم اشتراط المباشرة.

(١٩٦) فإن البذر على الوجه الأول مشترك بينهما بخلاف الأخير فإنه لصاحب البذر.

من الأول على ما مر (١٩٧)؛ لأنه يكشف عن عدم قابليتها للزرع (١٩٨) فالصحة كانت ظاهرية فيكون الزرع الموجود لصاحب البذر، ويحتمل بعيداً (١٩٩) كون الانفساخ من حينه فيلحقه حكم الفسخ في الأثناء على ما يأتي فيكون مشتركاً بينهما على النسبة.

(مسألة ١٧): إذا كان العقد واجداً لجميع الشرائط وحصل الفسخ في الأثناء إما بالتقايل أو بخيار الشرط ـ لأحدهما أو بخيار الاشتراط بسبب تخلف ما شرط على أحدهما، فعلى ما ذكرنا من مقتضى وضع المزارعة ـ وهو الوجه الأول من الوجوه المتقدمة ـ فالزرع الموجود مشترك بينهما على النسبة، وليس لصاحب الأرض على العامل أجرة أرضه ولا للعامل أجرة عمله بالنسبة إلى ما مضى لأن المفروض صحة المعاملة وبقاؤها إلى حين الفسخ (٢٠٠)، وأما بالنسبة إلى الآتي فلهما التراضي على البقاء إلى

---

(١٩٧) في المسألة التاسعة فراجع.

(١٩٨) إذ ليس المراد للقابلية مثل الزرع صرف وجود القابلية فقط، بل المراد القابلية الاقتضائية إلى حين حصول النتيجة.

(١٩٩) الظاهر الاختلاف باختلاف الموارد والخصوصيات فقد تساعد على تبين البطلان من الأول وقد تساعد على كونه من حينه، ومع انتفاء القرائن فالعرف يساعد على كونه من حينه والاحتياط في التراضي.

(٢٠٠) بناء على أن المتعارف في المزارعة كون الفسخ من حين حدوثه لا من الأول وإلا فيجري عليه حكم المسألة التاسعة.

وما يقال: من أن تأثير الفسخ وإن كان من حينه إلا انه يوجب رجوع كل من العوضين أو ما بحكمهما إلى من أنتقل عنه.

وفيه: انه إن اريد بذلك رجوع كل من العوضين من حين انشاء الفسخ فهذا عين المسألة السابقة في الحكم، وإن أريد بذلك رجوع كل من العوضين

البلوغ بلا أجرة أو معها، ولهما التراضي على القطع قصيلاً (٢٠١)، وليس للزارع الإبقاء إلى البلوغ بدون رضى المالك (٢٠٢) ولو بدفع أجرة الأرض، ولا مطالبة الأرش إذا أمره المالك بالقلع وللمالك مطالبة القسمة(٢٠٣)، وإبقاء حصته في أرضه إلى حين البلوغ وأمر الزارع بقطع حصته قصيلاً (٢٠٤)، هذا وأما على الوجهين الآخرين فالزرع الموجود لصاحب البذر (٢٠٥)، والظاهر عدم ثبوت شيء عليه من أجرة الأرض أو العمل لأن المفروض صحة المعاملة إلى هذا الحين (٢٠٦)، وإن لم يحصل للمالك أو العامل شيء من الحاصل فهو كما لو بقي الزرع إلى الآخر ولم يحصل حاصل من جهة آفة سماوية أو أرضية ويحتمل ثبوت الأجرة عليه

إلى من انتقل عنه من حين انشاء العقد فهو خلف لأنه عبارة أُخرى عن كون الفسخ من حين أصل العقد لا من حين انشاء الفسخ.

(٢٠١) لأن الحق لا يعدوهما فلهما أن يتراضيان عليه.

(٢٠٢) لأنه خلاف سلطنة المالك على ماله.

نعم، لو تضرر الزارع بالصلح ولم يتضرر بالإبقاء كان له الابقاء بالاجرة، لحكومة قاعدة «نفي الضرر» على قاعدة «السلطنة».

(٢٠٣) لقاعدة «أن لكل شريك مطالبة إفراز حصته مع عدم مانع في البين» كما هو المفروض.

(٢٠٤) لقاعدة «السلطنة»، ولكن لابد وأن يقيد ذلك بما إذا لم يتضرر الزارع بالقطع، وأما إن تضرر هو ولم يتضرر المالك بالبقاء يبقيه لقاعدة «نفي الضرر».

(٢٠٥) لقاعدة «التبعية» من غير دليل على الخلاف في البين.

(٢٠٦) ولا إشكال فيه إن ثبت أن بذل المالك الأرض للزارع أو بذل العامل عمله كان مجاناً وتبرعاً، وأما مع عدم احراز ذلك فلابد من تدارك العوض، لأصالة احترام المال والعمل بعد التسبب إلى الاستيفاء.

إذا كان هو الفاسخ (٢٠٧).

فذلكة: قد تبين مما ذكرنا في طي المسائل المذكورة أن هنا صوراً:

الأولى: وقوع العقد صحيحاً جامعاً للشرائط والعمل على طبقه إلى الآخر حصل الحاصل أو لم يحصل لآفة سماوية أو أرضية (٢٠٨).

الثانية: وقوعه صحيحاً مع ترك الزارع للعمل إلى أن انقضت المدة سواء زرع غير ما وقع عليه العقد أو لم يزرع أصلاً (٢٠٩).

الثالثة: تركه العمل في الأثناء بعد أن زرع اختياراً أو لعذر خاص به (٢١٠).

الرابعة: تبين البطلان من الأول (٢١١).

---

(٢٠٧) مقتضى قاعدة «الضمان بالاستيفاء» هو الضمان مطلقاً، سواء كان هو الفاسخ أو غيره فيضمن العامل أجرة الأرض والمالك عوض العمل مع التسبب إلى استيفاء عمله، والأحوط التراضي، فالضمان إما بالمسمى أو بالاستيفاء.

والأول: فيما إذا كان الفسخ من حينه فيكون الضمان بالمسمى بالنسبة إلى ما مضى.

والثاني: فيما تبين بطلان العقد أو كان الفسخ من حين العقد، وهذه هي القاعدة المطردة في جميع الموارد، وتقدم في المسائل السابقة ويأتي في اللاحقة منها ما يناسب المقام.

(٢٠٨) فيتحقق ضمان المعاوضة حينئذٍ ويكون الحاصل لهما على ما بنيا عليه هذا مع حصول الحاصل، وأما مع عدمه فمقتضى الأصل انه لا ضمان لأحدهما على الآخر إلا إذا كان شرط في البين فيتبع الشرط لا محالة.

(٢٠٩) تقدم ما يتعلق بذلك في المسألة السابعة فراجع.

(٢١٠) راجع المسألة السابعة فإن حكم هذه الصورة يستفاد منها أيضاً.

(٢١١) مر التفصيل في المسألة الرابعة عشرة.

الخامسة: حصول الانفساخ في الأثناء لقطع الماء أو نحوه من الأعذار العامة (٢١٢).

السادسة: حصول الفسخ بالتقايل أو بالخيار في الأثناء (٢١٣)، وقد ظهر حكم الجميع في طي المسائل المذكورة، كما لا يخفى (٢١٤).

(مسألة ١٨): إذا تبين بعد عقد المزارعة أن الأرض كانت مغصوبة فمالكها مخير بين الإجازة (٢١٥)، فتكون الحصة له سواء كان بعد المدة أو قبلها في الأثناء أو قبل الشروع بالزرع بشرط أن لا يكون هناك قيد أو شرط لم يكن معه محل للاجازة (٢١٦)، وبين الرد (٢١٧)، وحينئذٍ فإن كان قبل الشروع في الزرع فلا إشكال (٢١٨)، وإن كان بعد التمام فله أجرة المثل لذلك الزرع وهو لصاحب البذر (٢١٩).

---

(٢١٢) تقدم في المسألة السادسة عشرة.

(٢١٣) راجع المسألة السابعة عشرة.

(٢١٤) ولابد من تطبيق جميع تلك الأحكام على القواعد العامة، إذ ليس في المقام دليل مخصوص يتعبد به.

(٢١٥) لأصالة سلطنة المالك على ماله التي هي من أهم الأصول النظامية العقلائية كيف ما شاء وأراد ما لم يمنعه عن ذلك مانع شرعي، والمفروض عدمه.

(٢١٦) بأن كانت الإجازة معه خلاف المشروع، وأما في غير ذلك فالقيد والشروط كلها قابلة للإجازة لفرض تعلقها بحق الغير.

(٢١٧) لأنه لا معنى لسلطنة ذي الحق على حقه واستيلائه عليه إلا هذا.

(٢١٨) فإن أجاز تصح المزارعة بينه وبين العامل، وإن رد فلا غرامة في البين لعدم عمل منه بعد.

(٢١٩) أما كون الزرع لصاحب البذر فلقاعدة التبعية، وأما أن للمالك أجرة

وكذا إذا كان في الأثناء (٢٢٠) ويكون بالنسبة إلى بقية المدة الأمر بيده فإما يأمر بالإزالة وإما يرضى بأخذ الأجرة (٢٢١) بشرط رضا صاحب البذر (٢٢٢)، ثم المغرور من المزارع والزارع يرجع فيما خسر على غارّه(٢٢٣)، ومع عدم الغرور فلا رجوع (٢٢٤).

وإذا تبين كون البذر مغصوباً فالزرع لصاحبه (٢٢٥)، وليس عليه

المثل فلأصالة الاحترام في المال والعمل وقاعدة السلطنة.

ثم أن أجرة الأرض قد تؤخذ من صاحب البذر، وقد تؤخذ من العامل والمدار على قوة السبب أو المباشر.

(٢٢٠) لجريان عين ما تقدم في الإبتداء في الأثناء أيضاً من غير فرق في البين.

(٢٢١) كل ذلك لسلطنته على ماله، ولو أمر بالإزالة فلا أرش عليه للأصل وما ورد من أنه: «ليس لعرق ظالم حق»[(١)].

(٢٢٢) لما مر من قاعدة «السلطنة» وأصالة احترام المال والعمل.

(٢٢٣) لأن رجوع المغرور إلى الغار من المرتكزات بين الناس في معاملاتهم ولم يرد ردع عنه في هذا الأمر العام البلوى، مضافاً إلى ما أرسلوه إرسال المسلمات في الكتب الفقهية عن النبي صلى الله عليه وآله: «المغرور يرجع إلى من غره» وجعلوه من القواعد المعتبرة، وقد ورد في بعض الصغريات من طرقنا كما إذا دلست الزوجة فإن الزوج يرجع إلى المدلس، وعلل عليه السلام ذلك بقوله: «كما غر الرجل وخدعه»[(٢)].

(٢٢٤) للأصل بعد عدم دليل عليه.

(٢٢٥) لقاعدة التبعية المتبعة في جميع الموارد من غير دليل على الخلاف.

---

(١) الوسائل باب: ٣ من أبواب الغصب حديث: ١.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب العيوب والتدليس: ١.

أجرة الأرض ولا أجرة العمل (٢٢٦).

نعم، إذا كان التبين في الأثناء كان لمالك الأرض الأمر بالازالة(٢٢٧) هذا إذا لم يكن محل للاجازة كما إذا وقعت المعاملة على البذر الكلي لا المشخص في الخارج (٢٢٨)، أو نحو ذلك أو كان ولم يجز، وإن كان له محل وأجاز يكون هو الطرف للمزارعة (٢٢٩)، ويأخذ الحصة التي كانت للغاصب (٢٣٠) وإذا تبين كون العامل عبداً غير مأذون فالأمر إلى مولاه(٢٣١) وإذا تبين كون العوامل أو سائر المصارف مغصوبة فالمزارعة

---

(٢٢٦) لعدم تسبب منه لاستيفاء منفعة الأرض والعمل حتى يضمن، ولكن على الزارع أجرة الأرض إن كان هو الغاصب للبذر مع جهل مالك الأرض، وعلى المالك أجرة عمل الزارع إن كان عكس ذلك.

(٢٢٧) لقاعدة السلطنة بلا أرش عليه لما مر.

(٢٢٨) الوجه في ذلك كله انه لوكان البذر شخصياً وأجاز مالكه تكون الإجازه تصحيحاً بالنسبة إلى من أوقع المزارعة لا بالنسبة إلى أصل المزارعة، وأما لو كان كلياً فتكون تصحيحاً بالنسبة إلى ذات المزارعة فيتحقق موضوع الإجازة حينئذٍ.

وفيه: ان مورد الإجازة تصحيح ما لولاها لكان لغواً وباطلاً، وهذا الأثر ثابت لها في المقام كما لا يخفى فتصح الإجازة على كل من التقدير، ثم يعمل فيه بحسب القواعد العامة سيما بناء على خروج البذر عن حقيقة المزارعة مطلقاً وكونها عبارة عن تعهد خاص بين العامل وصاحب الأرض بشروط خاصة.

(٢٢٩) لوجود المقتضي وفقد المانع فتقع له لا محالة بناء على ما تقدم من صحة كون البذر طرفاً للمزارعة، وأما بناء على عدمها فلا وجه لذلك.

(٢٣٠) لانقلاب الموضوع فينقلب الحكم لا محالة.

(٢٣١) فإذا أجاز المولى كانت الحصة له ومع عدم الإجازة تبطل المزارعة.

صحيحة (٢٣٢) ولصاحبها أجرة المثل أو قيمة الأعيان التالفة (٢٣٣)، وفي بعض الصور يحتمل جريان الفضولية وإمكان الاجازة كما لا يخفى (٢٣٤).

(مسألة ١٩): خراج الأرض على صاحبها، وكذا مال الإجارة إذا كانت مستأجرة، وكذا ما يصرف في إثبات اليد عند أخذها من السلطان وما يؤخذ لتركها في يده (٢٣٥)، ولو شرط كونها على العامل بعضاً أو كلاً صح(٢٣٦)، وإن كانت ربما تزاد وربما تنقص على الأقوى (٢٣٧)، فلا يضر مثل هذه الجهالة للأخبار (٢٣٨)، وأما سائر المؤمن كشق الأنهار وحفر

وحينئذٍ فإن كان البذر من صاحب الأرض كان عليه أجرة عمل العبد، وإن كان من غيره كان على العبد أجرة مثل الأرض.

(٢٣٢) لخروج جميع ذلك عن حقيقة المزارعة كما مر.

(٢٣٣) لقاعدة احترام المال والعمل مطلقاً الموجب للضمان بالمثل أو القيمة.

(٢٣٤) لكون الفضولية على طبق القاعدة فتجري في المقام بلا إشكال، ولا وجه لمجرد الاحتمال.

(٢٣٥) كل ذلك للأصل بالنسبة إلى الزارع، والسيرة المستمرة خلفاً عن سلف.

(٢٣٦) لعموم «المؤمنون عند شروطهم»[1]، الشامل لجميع ذلك، مضافاً إلى ظهور الاتفاق وإطلاق ما يأتي من الأخبار الخاصة.

(٢٣٧) لإطلاق أدلة الشروط، وأصالة الصحة، وعدم دليل على قادحية مطلق الجهالة في الشرط.

(٢٣٨) كصحيح ابن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام: «في الرجل تكون له

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور: ٤.

الآبار وآلات السقي وإصلاح النهر وتنقيته ونصب الأبواب مع الحاجة إليها والدولاب ونحو ذلك مما يتكرر كل سنة أو لا يتكرر فلابد من تعيين كونها على المالك أو العامل إلا إذا كان هناك عادة ينصرف الإطلاق إليها (٢٣٩)، وأما ما يأخذه المأمورون من الزارع ظلما من غير الخراج فليس على المالك (٢٤٠)، وإن كان أخذهم ذلك من جهة الأرض.

الأرض عليها خراج معلوم وربما زاد وربما نقص فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مأتي درهم في السنة، قال عليه السلام: لا بأس»[١]، ومثله ما رواه في الفقيه، عن يعقوب بن شعيب، عنه عليه السلام أيضاً[٢]، وفي صحيح يعقوب بن شعيب كما في الكافي عنه عليه السلام أيضاً قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال عليه السلام: لا بأس»[٣]، وإطلاقها يشمل المزارعة أيضاً لو لم نقل بأنها المتيقن منها باعتبار شيوعها وغلبتها، وإطلاقها يشمل صورة جهالة الخراج لو لم نقل بظهورها فيها فلا وجه لإشكال بعض الشراح في المقام.

(٢٣٩) هذه هي القاعدة المتبعة في المقام، والظاهر ان إيكال ذلك إلى المتعارف بين الزارعين المختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وسائر الجهات أولى من تفصيل القول فيه، لأن الفقيه ليس من أهل الخبرة لذلك فكلما كان متعارفاً بينهم في أمثال ذلك يصح وما لم يتعارف لابد من التعيين قطعاً لحسم مادة النزاع من البين.

(٢٤٠) الأقسام ثلاثة: ..

فتارة: يعد ذلك من الخراج ومن تبعاته عرفاً.

---

(١) و(٢) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة حديث: ١ وملحقه.

(٣) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة: ٢.

(مسألة ٢٠): يجوز لكل من المالك والزارع أن يخرص على الآخر(٢٤١) بعد إدراك الحاصل (٢٤٢) بمقدار منه بشرط القبول والرضا

وأُخرى: يكون من غيره عند المتعارف.

وثالثة: يشك في أنه من أيهما، ففي الأول يكون على المالك، وأما في الأخيرين فمقتضى الأصل عدم وجوبه عليه فلابد من التعيين، وأما خبر الكندي قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام إني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم، قال عليه السلام: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم، قال: إنما زادوا على أرضك»[1]، فيمكن حمله على القسم الأول.

(٢٤١) البحث في هذه المسألة ..

تارة: بحسب الأصل.

وأُخرى: بحسب العمومات.

وثالثة: بحسب الأدلة الخاصة.

أما الأول فمقتضى أصالة الجواز بالمعنى الوضعي والتكليفي الصحة والإباحة، فلا محذور في هذا العمل بحسب التكليف والوضع بمقتضى الأصل العملي.

وأما الثاني فمقتضى العمومات والإطلاقات الصحة أيضاً فيطابق الأصل العملي واللفظي عليها.

وأما الأدلة الخاصة فلا خلاف في المسألة في الجملة إلا ما نسب إلى ابن إدريس، وعن الحدائق دعوى الإجماع عليه.

(٢٤٢) مقتضى أصالة الجواز ـ بالمعنى الوضعي والتكليفي ـ والإطلاق الجواز حتى قبل الإدراك إذا كان في معرض الإدراك عرفاً وكان التخريص معلوماً عند أهل الخبرة بذلك.

إن قيل: ما ليس بموجود كيف يخرص.

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب المزارعة والمساقاة: ١٠.

من الآخر (٢٤٣)،

يقال: إذا كان له منشائية الوجود وعرف أهل الخبرة بحسب اختياراتهم الخصوصيات والجهات صح التخريص كما لا يخفى، ويظهر ذلك من إطلاق بعض الأخبار أيضاً كصحيح ابن شعيب الذي رواه المشائخ الثلاثة. قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه اختر إما أن تأخذ النخل بكذا وكذا كيل (كيلاً) مسمى وتعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلك وأرده عليك قال عليه السلام: نعم، لا بأس به»[1]، وإطلاقه يشمل صورتي الإدراك وعدمه، ودعوى ظهوره في الأول بلا دليل.

نعم، في بعض الأخبار ذكر الإدراك كالأخبار الواردة في قضية خيبر مثل صحيح الحلبي[2]، قال: «أخبرني أبو عبدالله عليه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبر بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة فقوم عليه قيمة، وقال لهم: إما أن تأخذوه وتعطوني نصف الثمر (الثمن . خ ل) وإما أعطيكم نصف الثمر، فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض»، ويمكن حمله على الغالب أو على بيان أحد الأفراد الشايعة لا التقوم الحقيقي.

إن قيل: إن الحكم حيث انه خلاف الأصل لابد وأن يقتصر فيه على القدر المتيقن وهو ما بعد الإدراك.

يقال: قد مر أنه موافق لأصالة الجواز والصحة والإطلاق فلا وجه لكونه مخالفاً، كما لا وجه لجريان أصالة عدم ترتب الأثر مع ذلك.

(٢٤٣) لأن المنساق من الأخبار أن ذلك من العقود، وهو ظاهر الكلمات أيضاً.

---

(١) و (٢) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار: ١ و٢.

لجملة من الأخبار هنا وفي الثمار (٢٤٤).

فلا يختص ذلك بالمزارعة والمساقاة (٢٤٥)، بل مقتضى الاخبار

---

(٢٤٤) أما ما ورد هنا كخبر سهل قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران، ويضمن له على أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً فربما نقص وغرم وربما استفضل وزاد؟ قال عليه السلام: لا بأس به إذا تراضياً»(١)، وخبر محمد بن عيسى عن بعض أصحابه قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزارعهم فيقولون: قد حزرنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطوناه ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصة على هذا الحزر، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: فانه يجئ بعد ذلك فيقول لنا ان الحزر لم يجئ كما حرزت قد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص»(٢)، ومثله غيره.

وأما ما ورد في الثمار كصحيح يعقوب بن شعيب والحلبي المتقدمين(٣)، وتقدم في بيع الثمار ما ينفع المقام(٤).

(٢٤٥) وما ورد في قضية خيبر من الأخبار موردها المساقاة بلا إشكال فيها. ففي صحيح أبي الصباح الكناني قال: «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول إن النبي صلى الله عليه وآله لما أفتتح خيبر تركها في أيديهم على النصف فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة اليهم فخرص عليهم فجاؤا إلى النبي صلى الله عليه وآله، فقالوا: إنه قد زاد علينا فأرسل إلى عبدالله، فقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشيء فإن شاؤا

---

(١) الوسائل باب: ١٤ من أبواب أحكام الزراعة: ١.

(٢) الوسائل باب: ١٤ من أبواب أحكام المزارعة: ٤.

(٣) تقدما في صفحة: ١٢٢.

(٤) راجع ج: ١٨ صفحة: ٨٣.

جوازه في كل زرع مشترك أو ثمر مشترك (٢٤٦)، والأقوى لزومه بعد القبول (٢٤٧) وإن تبين بعد ذلك زيادته أو نقيصته، لبعض تلك الأخبار، مضافاً إلى العمومات العامة (٢٤٨)، خلافاً لجماعة (٢٤٩).

والظاهر أنه معاملة مستقلة (٢٥٠)،

يأخذون بما خرجت وإن شاؤا أخذنا، فقال رجل من اليهود: بهذا قامت السماوات والأرض»[١]، ونحوه غيره.

(٢٤٦) أما بناء على كون الحكم موافقاً للعمومات والإطلاقات فلا إشكال فيه لكفايتهما في الصحة، وأما بناءً على استفادته من الأخبار الخاصة فلإطلاق بعض الأخبار المتقدمة وكون ما ذكر فيها من باب الغالب في تلك الأعصار، وإن المناط كله تحقق التراضي وعدم الغرر في البين.

(٢٤٧) لأصالة اللزوم في كل عقد ـ قولي أو فعلي ـ إلا ما خرج بالدليل.

(٢٤٨) أما بعض تلك الأخبار فهو خبر محمد بن عيسى المتقدم، وأما العمومات فهي قوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[٢]، وقوله صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[٣].

(٢٤٩) نسب إلى ايضاح النافع والميسية وشرح الارشاد عدم اللزوم، ولا دليل لهم في مقابل أصالة اللزوم في كل عقد وظاهر بعض ما مر من الأخبار.

(٢٥٠) لأنها من الأمور الابتلائية بين الناس في كل عصر، ولم يشر في الأخبار إلى أي عنوان من عناوين العقود المعهودة، وكذا عبارات القدماء الذين تعرضوا لهذه المعاملة، ويمكن جعلها تبعاً لما يخرص فيه ..

تارة: يكون من توابع المزارعة.

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب بيع الثمار: ٣.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

وليست بيعاً (٢٥١) ولا صلحاً معاوضياً (٢٥٢)،

فلا يجري فيها إشكال اتحاد العوض والمعوض (٢٥٣)، ولا إشكال النهي عن المحاقلة والمزابنة (٢٥٤) ولا إشكال الربا ولو بناءاً على ما هو الأقوى من عدم اختصاص حرمته بالبيع (٢٥٥) وجريانه في مطلق

وأُخرى: من توابع المساقاة.

وثالثة: من توابع بيع الثمار.

والصحيح أنه يعم الجميع بلا إشكال.

(٢٥١) وقد أدعى في مفتاح الكرامة الاتفاق على عدم كونه بيعاً، وتقتضيه المرتكزات أيضاً إذ فرق بين تبديل مال معين بمال معين وتخريص وتقدير مشاع بمشاع آخر، مع أن المتصدين لهذا التخريص لا يقصدون البيع.

(٢٥٢) نسب إلى جمع ـ منهم الدروس ـ أنه نوع من الصلح، وهو من مجرد الدعوى ولا دليل لهم عليه من عقل أو نقل، بل مرتكزات المتصدين لهذه المعاملة تأبى ذلك وإنما المرتكز في نفوسهم مجرد التقدير الاجمالي.

ويمكن أن يكون مرادهم التصالح والتراضي بالمعنى الأعم الذي يشمل التخريص أيضاً ولا بأس به كما قلنا.

(٢٥٣) لأنه ليس من المعاوضات، مع انه لو كان منها يكفي الاختلاف الجهتي في نفي الاتحاد.

(٢٥٤) الأولى: بيع سنابل الحنطة مثلاً بالحنطة.

والثانية: بيع التمر على النخيل بالتمر، وتقدم في بيع الثمار ما ينفع المقام فراجع ولا وجه للاعادة، وأما جهة عدم جريان إشكالهما في المقام انه ليس بيعاً وإنما هو تخريص وتقدير.

(٢٥٥) لأن الشك في جريانه في المقام يكفي في عدم جواز التمسك بعموم حرمة الربا، لكونه من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك

المعاوضات(٢٥٦) مع أن حاصل الزرع والشجر قبل الحصاد والجذاذ ليس من المكيل والموزون (٢٥٧)، ومع الأغماض عن ذلك كله يكفي في صحتها الأخبار الخاصة، فهو نوع من المعاملة عقلائية ثبتت بالنصوص ولتسم بالتقبل(٢٥٨)وحصر المعاملات في المعهودات ممنوع(٢٥٩).

نعم، يمكن أن يقال إنها في المعنى راجعة إلى الصلح الغير المعاوضي (٢٦٠) فكأنهما يتسالمان على أن يكون حصة أحدهما من المال المشترك كذا مقداراً والبقية للآخر شبه القسمة أو نوع منها، وعلى ذلك يصح إيقاعها بعنوان الصلح (٢٦١) على الوجه المذكور مع قطع النظر عن الأخبار أيضاً على الأقوى من اغتفار هذا المقدار من الجهالة فيه إذا

فيكون المرجع أصالة الحلية وضعاً وتكليفاً.

(٢٥٦) راجع (فصل في الربا) من كتاب البيع فقد تعرضنا فيه[1]، لما ينفع المقام.

(٢٥٧) لا عرفاً ولا شرعاً كما صرح به في الجواهر.

(٢٥٨) والتخريص، والتقدير. ولا اختصاص لهذه الالفاظ بتحققه بل يتحقق بكل لفظ يفيد هذا المعنى.

(٢٥٩) لأنه لا دليل على هذا الحصر من عقل أو نقل.

نعم، ما حصروه من الغالب الواقع في الخارج فيكون من الحصر الاتفاقي الغالبي لا الحقيقي، وعلى فرض الحصر الحقيقي فالمقام من احدى أفرادها للنصوص الخاصة المتقدمة.

(٢٦٠) لكنه تكلف مستغنى عنه مع دلالة النص على صحته ولو لم تدخل تحت عنوان الصلح، مع أنه مبني على صحة انشاء الصلح بغير لفظه.

(٢٦١) يصح إيقاع كل معاملة بعنوان الصلح من غير اختصاص بالمقام ومن

---

(١) راجع ج: ١٧ صفحة: ٣٠١.

ارتفع الغرر بالخرص المفروض (٢٦٢)، وعلى هذا لا يكون من التقبيل والتقبل.

ثم إن المعاملة المذكورة لا تحتاج إلى صيغة مخصوصة (٢٦٣)، بل يكفي كل لفظ دال على التقبل، بل الأقوى عدم الحاجة إلى الصيغة أصلاً فيكفي فيها مجرد التراضي (٢٦٤) كما هو ظاهر الأخبار والظاهر اشتراط كون الخرص بعد بلوغ الحاصل وإدراكه فلا يجوز قبل ذلك (٢٦٥)، والقدر المتيقن من الأخبار كون المقدار المخروص عليه من حاصل ذلك الزرع (٢٦٦)، فلا يصح الخرص وجعل المقدار في الذمة من جنس ذلك الحاصل (٢٦٧).

غير توقف على أن ما نحن فيه أصل مستقل بنفسه، أو داخل تحت احدى العناوين المعهودة.

(٢٦٢) يصح الصلح ولو لم يرتفع الغرر به لانه قد اغتفر من الغرر في الصلح ما لم يغتفر في غيره؛ مع أن أصل تحقق الجهالة عند أهل خبرة هذه الأمور لا وجه له أصلاً كما لا يخفى على من راجعهم.

(٢٦٣) ليس هذا مختصاً بهذه المعاملة، بل جميع العقود يجزي فيها كل لفظ يكون ظاهراً في ابراز عنوانها بلا فرق بين لفظ دون آخر.

(٢٦٤) مع تحقق مبرز عنه في البين لفظاً كان أو فعلاً.

(٢٦٥) تقدم الإشكال فيه، والمناط كله معرفة أهل الخبرة وصحة حكمهم بالمقدار كان ذلك بعد الإدراك أو لم يكن، وما يستظهر من الأخبار من كونه بعد الإدراك إنما هو غالبي لا أن يكون مقوماً حقيقياً، وكذا ما ذكره جمع من الفقهاء وإلا فلو فرض تخريص حقيقي قبل الادراك يكون ذلك كما بعده عند الخبراء بذلك.

(٢٦٦) نسب ذلك إلى المشهور ودليلهم انه المنساق من النصوص.

(٢٦٧) لا دليل على منعه لا بحسب القواعد العامة ولا بحسب النصوص.

نعم، لو أوقع المعاملة بعنوان الصلح على الوجه الذي ذكرنا لا مانع من ذلك فيه لكنه كما عرفت خارج عن هذه المعاملة (٢٦٨).

ثم إن المشهور بينهم أن قرار هذه المعاملة مشروط بسلامة الحاصل(٢٦٩)، فلو تلف بآفة سماوية أو أرضية كان عليهما، ولعله لان تعيين الحصة في المقدار المعين ليس من باب الكلي في المعين (٢٧٠) بل هي باقية على إشاعتها (٢٧١) غاية الأمر تعيينها في مقدار معين مع احتمال أن ذلك من الشرط الضمني بينهما (٢٧٢)، والظاهر أن المراد من الآفة الارضية ما كان من غير الإنسان، ولا يبعد لحوق إتلاف متلف من الإنسان أيضاً به (٢٧٣)، وهل يجوز خرص ثالث حصة أحدهما أو كليهما في

أما الأول: فلأن التخريص كالتعيين وما في الذمة معين أيضاً، فلا يلزم الغرر ولا الربا لفرض كون ما خرص من غير المكيل والموزون.

وأما الثاني: فلو سلم أنه المنساق منها فهو من باب الغالب ولا يستفاد منه التقييد كما ثبت في محله.

(٢٦٨) أي: عنواناً فأنه يصير حينئذٍ من الصلح لا من التخريص المعهود، كما في كل صلح ورد في مورد عنوان من عناوين المعاملات المعهودة.

(٢٦٩) أرسلوا ذلك إرسال المسلمات من غير ذكر دليل عليه، ويمكن أن يجعل دليله انه من اللوازم العرفية لهذا القرار المعاملي لأن التخريص للعين، وفي العين يلازم ذلك الإشاعة عرفاً حدوثاً وبقاءً نفعاً وضرراً فتكون الاشاعة من كل جهة من اللوازم العرفية والإقدامية لهذا التخريص الخاص.

(٢٧٠) لأن ذلك عناية خاصة لابد من التعرض لها والالتفات إليها، ومع عدم الذكر فمقتضى الأصل هو الاشاعة.

(٢٧١) للأصل وعدم موجب للانقلاب عنها.

(٢٧٢) والظاهر أنه الغالب في هذا التخريص.

(٢٧٣) بل ينبغي الجزم به لأن مناط كون التلف عليهما هو الإشاعة، وهو

مقدار؟ وجهان، أقواهما العدم (٢٧٤).

(مسألة ٢١): بناءً على ما ذكرنا من الاشتراك من أول الأمر في الزرع يجب على كل منهما الزكاة إذا كان نصيب كل منهما بحدّ النصاب، وعلى من بلغ نصيبه إن بلغ نصيب أحدهما (٢٧٥)، وكذا إن اشترطا الاشتراك حين ظهور الثمر لأن تعلق الزكاة بعد صدق الاسم وبمجرد الظهور لا يصدق، وإن اشترط الاشتراك بعد صدق الاسم أو حين الحصاد والتصفية فهي على صاحب البذر منهما لأن المفروض أن الزرع والحاصل له إلى ذلك الوقت فتتعلق الزكاة في ملكه (٢٧٦).

موجود في تلف الإنسان أيضاً.

(٢٧٤) بناء على كون الحكم موافقاً للقاعدة لا بأس به ويكفي فيه العمومات بعد عدم جهالة في البين بتخمين أهل الخبرة، بل وكذا بناء على النصوص الخاصة إن قلنا بأن ذكر المالك والزارع فيها من باب الغالب والمثال كما هو الظاهر.

(٢٧٥) لوجود المقتضي وفقد المانع حينئذٍ لوجوب الزكوة في نصيبهما أو نصيب أحدهما والصور أربع:

الأولى: الاشتراك من أول الأمر.

الثانية: الاشتراك من حين ظهور الثمر.

الثالثة: الاشتراك قبل الظهور بمدة معلومة.

الرابعة: الاشتراك بعد الحصاد والتصفية، وفي غير الأخيرة تجب الزكوة عليهما مع تحقق الشرائط بالنسبة إليهما، وعلى أحدهما مع تحققها بالنسبة إليه قط، وفي الأخيرة تجب على مالك البذر، وقد مر في كتاب الزكوة ما ينفع المقام.

(٢٧٦) إذ لا موضوع لتعلق الزكوة لصاحبه، لفرض تعلقها به قبل ذلك.

(مسألة ٢٢): إذا بقي في الأرض أصل الزرع بعد انقضاء المدة والقسمة فنبت بعد ذلك في العام الآتي فإن كان البذر لهما فهو لهما وإن كان لاحدهما فله (٢٧٧)، إلا مع الإعراض وحينئذٍ فهو لمن سبق (٢٧٨)، ويحتمل أن يكون لهما مع عدم الاعراض (٢٧٩)، مطلقاً (٢٨٠)، لان المفروض شركتهما في الزرع وأصله وإن كان البذر لأحدهما أو لثالث وهو الأقوى (٢٨١)، وكذا إذا بقي في الأرض بعض الحب فنبت فإنه مشترك بينهما مع عدم الإعراض (٢٨٢).

نعم، لو كان الباقي حب مختص بأحدهما اختص به.

ثم لا يستحق صاحب الأرض أجرة لذلك الزرع النابت على الزارع في صورة الاشتراك أو الاختصاص به وإن انتفع بها إذ لم يكن ذلك من

---

(٢٧٧) كل ذلك لقاعدة التبعية التي هي من القواعد العقلائية المقررة.

(٢٧٨) بناء على أن الإعراض يوجب الخروج عن الملك ومقتضى الأصل عدمه إلا مع قرينة معتبرة عليه، ويجوز التصرف لمن سبق إليه لظاهر الحال، ويأتي في كتاب الأحياء والقضاء تمام المقال.

(٢٧٩) وكذا معه لعدم كون الأعراض موجباً لزوال الملكية بل مقتضى الأصل بقائها.

(٢٨٠) يفسره قوله ﵀ بعد ذلك: «وإن كان البذر لاحدهما أو لثالث».

(٢٨١) لأن الاشتراك إنما يكون في جميع التبدلات والتطورات الحاصلة في الزرع مطلقاً ما لم يكن دليل على الخلاف وهو مفقود.

(٢٨٢) أما الاشتراك في الحب فهو مبنى على كونه مشتركاً بينهما ببعض الوجوه المتقدمة، وسيصرح الماتن آنفاً حكم الحب المختص بأحدهما.

وأما قيد عدم الاعراض فلا وجه له، لما مر من أن الاعراض لا يوجب زوال الملكية.

فعله ولا من معاملة واقعة بينهما (٢٨٣).

(مسألة ٢٣): لو اختلفا في المدة وأنها سنة أو سنتان ـ مثلاً ـ فالقول قول منكر الزيادة، وكذا لو قال أحدهما أنها ستة أشهر والآخر قال إنها ثمانية أشهر (٢٨٤).

نعم، لو أدعى المالك مدة قليلة لا تكفي لبلوغ الحاصل ولو نادراً ففي تقديم قوله إشكال (٢٨٥)، ولو اختلفا في الحصة قلة وكثرة فالقول قول صاحب البذر المدعي للقلة (٢٨٦)، هذا إذا كان نزاعهما في زيادة المدة أو الحصة وعدمها، وأما لو اختلفا في تشخيص ما وقع عليه العقد وأنه وقع على كذا أو كذا فالظاهر التحالف (٢٨٧) وإن كان خلاف إطلاق

---

(٢٨٣) وبعبارة أُخرى: ليس من صاحب الحب استيفاء لمنفعة الأرض ولا تسبيب منه للضمان فلا وجه للضمان حينئذٍ للأصل هذا بالنسبة إلى الحدوث.

وأما بالنسبة إلى البقاء فله الأمر بالقلع أو الابقاء بالأجرة كما انه لو كان لصاحب الأرض تسبيب لسقوط الحب ونبته يكون من أصل الحدوث.

(٢٨٤) كل ذلك لأصالة عدم التعرض للزيادة، مضافاً إلى ظهور الاتفاق، ومع ذلك لا تصل النوبة إلى استصحاب بقاء المزارعة.

(٢٨٥) لمعارضة أصالة عدم الزيادة بظهور بناء العقلاء على عدم الإقدام بهذا المقدار، مضافاً إلى أصالة الصحة.

(٢٨٦) لأصالة عدم تسلط الطرف على ما زاد عما يعترف به صاحب البذر الذي يكون تمام النماء له لقاعدة التبعية وأصالة عدم خروج ما زاد عما يعترف به عن ملكه.

(٢٨٧) كما عن جمع، منهم المحقق الثاني وصاحب الجواهر في المقام ولكن نسب إلى معظم الأصحاب أن القول قول مدعي الأقل مطلقاً وإن كان

كلماتهم، فإن حلفا أو نكلا فالمرجع أصالة عدم الزيادة (٢٨٨).

(مسألة ٢٤): لو اختلفا في اشتراط كون البذر أو العمل أو العوامل على أيهما فالمرجع التحالف (٢٨٩)، ومع حلفهما أو نكولهما تنفسخ المعاملة (٢٩٠).

(مسألة ٢٥): لو اختلفا في الإعارة والمزارعة فأدعى الزارع أن

تحرير الدعوى في تشخيص ما وقع عليه العقد فلم يفرقوا بين هذه الصورة والصورة السابقة من هذه الجهة، وعن صاحب الجواهر تقويته في كتاب البيع، والوجه في ذلك أن المنساق من مثل هذه الدعاوي غالباً بمدلولها المحاوري انما هو النزاع في الزيادة والنقيصة المالية، وهما الغرض الأقصى من النزاع سواء كانت صورة الدعوى بمدلولها المطابقي الزيادة والنقيصة كما في الصورة الأولى أو بمدلولها المحاوري العرفي.

وبالجملة: الظهور العرفي حجة معتبرة سواء استند إلى الدلالة المطابقية أو السياقية فلا يبقى موضوع للتحالف، بل يكون المقام من المدعي والمنكر ويجري فيها حكم الصورة السابقة.

(٢٨٨) ظهر مما مر عد م الاحتياج إلى التحالف بل يحلف مدعى الأقل فقط.

(٢٨٩) لا وجه للتحالف، لأن مرجع النزاع عرفاً إلى التضمين وعدمه فيتحقق المدعي والمنكر لا محالة فمع عدم البينة للمدعي يحلف المنكر ويثبت قوله من غير احتياج إلى التحالف، وكذا في كل مورد يرجع النزاع عرفاً إلى تضمين الغير لمال أو اثبات اتلاف بالنسبة إلى الغير.

(٢٩٠) لا إشكال فيه بناء على كون المقام من التحالف، لتعارض النكولين أو الحلفين وتساقطهما، وأما بناء على كون المقام من المدعي أو المنكر فيحلف المنكر ويسقط أصل الدعوى.

المالك أعطاه الأرض عارية للزراعة والمالك أدعى المزارعة فالمرجع التحالف أيضاً (٢٩١)، ومع حلفهما أو نكولهما تثبت أجرة المثل للأرض(٢٩٢)

---

(٢٩١) لأصالة عدم المزارعة وعدم العارية، فكل منهما يدعى خلاف الأصل مع أن أصالة تبعية النماء للبذر معارضة بأصالة الضمان بالنسبة إلى الأرض فلابد من التحالف، ولكن الظاهر عدم جريان أصالة الضمان في الأرض لاتفاقهما على أن الزارع مأذون فيها فيرجع النزاع إلى أن المالك يدعي الحصة لنفسه والزارع ينكرها.

(٢٩٢) يصح ذلك إن تساوت أجرة المثل مع حصة المالك التي يدعيها ويعترف بأنه لا أجرة للأرض معها، ولا ثمرة حينئذٍ بين تقديم قول المالك أو سقوطه بالتعارض والرجوع إلى أجرة المثل، وأما بناء على كونها أكثر فلا وجه له، لاعتراف المالك بأنه لا تستحق الزيادة.

والقول بسقوط دعواه بالتحالف كما عن الحدائق فلا يكون استحقاق أجرة المثل مخالفاً لدعواه.

لا وجه له، لأن سقوط الدعوى إنما هو بالنسبة إلى مورد النزاع وأما ما هو خارج عن مورده ويكون الكلام ظاهراً فيه ظهوراً عرفياً محاورياً فلا وجه للسقوط لو كان له أثر، ولو كانت أجرة المثل أقل من الحصة تثبت أجرة المثل بعد التحالف بناء على كود. المقام من التداعي ولا وجه لها ولا لاستحقاق الحصة بناء على كونه من المدعي والمنكر بعد حلف المنكر على نفي المزارعة.

ويمكن أن يكون اختلاف الحكم باختلاف تقرير الدعوى والخصوصيات المحفوفة بها فيكون المرجع حينئذٍ في تشخيص كونه من التداعي أو من المدعي والمنكر نظر الحاكم، ومنه يظهر انه يمكن جعل

فإن كان بعد البلوغ فلا إشكال (٢٩٣)، وإن كان في الأثناء فالظاهر جواز الرجوع للمالك (٢٩٤)، وفي وجوب إبقاء الزرع إلى البلوغ عليه مع

النزاع بين الفقهاء ـ في المقام من أنه من أيهما ـ لفظياً، كما أنه يظهر من ذلك كله اجمال قول الماتن. رحمه الله في المقام.

(٢٩٣) أما بناء على كون المقام من المدعي والمنكر وحلف المنكر على نفي المزارعة فلا شيء للمالك ظاهراً لاعتبار اليمين في اسقاط النزاع، والحكم بكون النزاع لمن حلف بحسب الحكم الظاهري، وإن كان الواقع لا يتبدل عما هو عليه لقول النبي صلى الله عليه وآله كما في صحيح هشام: «انما أقضي بينكم بالبينات والأيمان، وبعضكم الحن بحجته من بعض فأيما رجل اقطعت له من مال أخيه شيئاً فأنما قطعت له به قطعة من النار»[1]، فعلى هذا لو كان المنكر كاذباً فيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز له التصرف، ويأتي التفصيل في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

وأما بناء على كون المقام من التداعي فبعد سقوط الإعارة والمزارعة يعمل بحسب القواعد العامة فيكون الزرع لصاحب البذر لقاعدة التبعية وعليه أجرة الأرض للاستيفاء.

(٢٩٤) لفرض سقوط المزارعة بواسطة حكم الحاكم كسقوط العارية به أيضاً فيجوز للمالك الرجوع في أرضه وترتيب أثر عدم المزارعة، ولكنه يتم بناء على ثبوت الموضوعية لحكم الحاكم؛ وأما بناءً على كونه طريقاً محضاً كما هو الظاهر منهم فلا وجه له مع اعترافه بعقد المزارعة وهي لازمة لا يرتفع إلا بالتقايل.

إلا أن يقال: إن إنفاذ حكم الحاكم مقدم في بعض الموارد على ملاحظة اعتراف المعترف بخلاف حكم الحاكم تحفظاً على اعتبار الحكم مهما

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى: ١.

الأجرة إن أراد الزارع وعدمه وجواز أمره بالإزالة وجهان (٢٩٥)، وإن كان النزاع قبل نثر الحب فالظاهر الانفساخ بعد حلفهما أو نكولهما (٢٩٦).

(مسألة ٢٦): لو أدعى المالك الغصب والزارع أدعى المزارعة فالقول قول المالك مع يمينه على نفي المزارعة (٢٩٧).

أمكن، ولكنه محل تأمل لإطلاق ما مر من صحيح هشام ويأتي التفصيل في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

(٢٩٥) أما وجه جواز أمره بالإزالة فلقاعدة السلطنة بعد سقوط الدعويين مطلقاً بحكم الحاكم.

وأما وجه وجوب الابقاء مع الأجرة فلقاعدة الإقدام حيث إن المالك أقدم باعترافه على الزرع فهما متفقان على ثبوت الإذن إما عارية أو مزارعة، فلا تجري قاعدة الضرر بالنسبة إليه من جهة إقدامه عليه، وحينئذٍ فمقتضى قاعدة نفي الضرر عدم صحة أمره للزارع للقلع، بل وفي استحقاقه طلب الأجرة إذا كانت أكثر من الحصة على صحة دعواه المزارعة بحث تقدمت الإشارة إليه ولكن الاحتياط في التراضي.

(٢٩٦) بناء على أن لحكم الحاكم موضوعية خاصة في نفي الدعويين، وأما بناء على أنه طريق محض فالمالك ملزم بإقراره واعترافه، ولا وجه للانفساخ مع اعترافه باللزوم.

(٢٩٧) لأن المنساق العرفي المحاوري من هذا الدعوى أن أصل النزاع في دعوى المزارعة وإنكارها، فالزارع مدع لها والمالك منكر لها فيقدم قول المنكر مع اليمين، وبعد تقديم قوله يترتب آثار الغصب فدعوى الغصبية طريق إلى بيان إنكار المزارعة.

نعم، لو كانت لدعوى الغصبية موضوعية خاصة يصير من التداعي ظاهراً وبعد سقوطهما بالحكم يرجع إلى قاعدة السلطنة بالنسبة إلى الأرض فتكون

(مسألة ٢٧): في الموارد التي للمالك قلع زرع الزارع هل يجوز له ذلك بعد تعلق الزكاة وقبل البلوغ، قد يقال بعدم الجواز (٢٩٨) إلا أن يضمن حصتها للفقراء لأنه ضرر عليهم، والأقوى الجواز وحق الفقراء يتعلق بذلك الموجود وإن لم يكن بالغاً (٢٩٩).

(مسألة ٢٨): يستفاد من جملة من الأخبار أنه يجوز لمن بيده الأرض الخراجية أن يسلمها إلى غيره ليزرع لنفسه ويؤدي خراجها عنه، ولا بأس به (٣٠٠).

النتيجة متحدة سواء فرض من المدعي والمنكر أو من التداعي.

(٢٩٨) نسب ذلك إلى ابن الجنيد؛ ولكن يظهر من ذيل كلامه الذي نقله في الجواهر انه في المزارعة الصحيحة دون الفاسدة.

(٢٩٩) لمكان ولايته في الجملة، ولأن حقهم لا يزيد على حق صاحب الزرع فمع جوازه بالنسبة إليه، يجوز بالنسبة إليهم أيضاً.

(٣٠٠) ويدل عليه الأصل أيضاً، وفي خبر ابن ميمون قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قرية لأناس من أهل الذمة لا أدري أصلهم لهم أم لا غير إنها في أيديهم وعليها خراج، فاعتدى عليهم السلطان، فطلبوا إليّ فأعطوني أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قل أو كثر، ففضل لي بعد ذلك فضل بعدما قبض السلطان ما قبض؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك لك ما كان من فضل»[1]، ومثله غيره.

---

(١) الوسائل باب: ١٧ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٢.

مسائل متفرقة

الأولى: إذا قصّر العامل في تربية الزرع فقلّ الحاصل فالظاهر ضمانه التفاوت (١) بحسب تخمين أهل الخبرة كما صرح به المحقق القمي في أجوبة مسائله.

الثانية: إذا ادعى المالك على العامل عدم العمل بما اشترط في ضمن عقد المزارعة من بعض الشروط أو ادعى عليه تقصيره في العمل على وجه يضر بالزرع وأنكر الزارع عدم العمل بالشرط أو التقصير فيه فالقول قوله، لأنه مؤتمن في عمله (٢)، وكذا لو ادعى عليه التقصير في حفظ

---

(١) إن كان عقد المزارعة وقع على العمل التام بقيد التمامية يبطل العقد بالإخلال بها، ويكون الزرع لصاحب البذر لقاعدة التبعية، وعليه أجرة الأرض إن كان هو الزارع ولا أجرة لعمله إن كان البذر للمالك، لفرض إقدامه على هتك عمله بالتقصير في اتمام العمل فلا ضمان على الزارع للمالك على التقديرين.

وإن كان عقد المزارعة إنحلالياً بحسب الاجزاء والمراتب فبالنسبة إلى ما أتى به تصح المزارعة على ما قررا عليه وتبطل بالنسبة إلى ما لم يأت، ولا وجه للضمان على هذا التقدير أيضاً.

ويمكن اختلاف ذلك باختلاف الاشخاص والموارد والخصوصيات، فيتحقق الضمان حينئذٍ في الجملة إن حصل تفاوت عرفاً، وتقدم في المسألة السابعة ما ينفع المقام فراجع.

(٢) وإن كان مقتضى الأصل عدم العمل بالشرط فلابد من تقديم قول المالك، ولكن قد تسالم الفقهاء وجرت السيرة على قبول قول الأمين مع عدم البينة على الخلاف، وهذه قاعدة متبعة في جميع الموارد وهي: «قبول

الحاصل بعد ظهوره وأنكر (٣).

الثالثة: لو ادعى أحدهما على الآخر شرطاً متعلقاً بالزرع وأنكر أصل الاشتراط فالقول قول المنكر (٤).

الرابعة: لو أدعى أحدهما على الآخر الغبن في المعاملة فعليه إثباته(٥) وبعده له الفسخ (٦).

الخامسة: إذا زارع المتولي للوقف الأرض الموقوفة بملاحظة مصلحة البطون إلى مدة لزم ولا تبطل بالموت (٧)، وأما إذا زارع البطن المتقدم من الموقوف عليهم الأرض الموقوفة ثم مات في الأثناء قبل انقضاء المدة فالظاهر بطلانها من ذلك الحين، لانتقال الأرض إلى البطن

قول الأمين فيما ائتمن عليه»، سواء كانت الامانة مالكية ـ كما في المقام ونحوه ـ أو شرعية ـ كالأب والجد والحاكم الشرعي ـ أو عرفية كقبول قول كل من استولى على شيء فيما استولى عليه من حيث الطهارة والنجاسة ونحوهما لأن أهل العرف يرونه مؤتمناً بالنسبة إلى ما استولى عليه، ومن فروع ذلك أيضاً قاعدة «مَن ملك شيئاً ملك الاقرار به»، ويأتي التفصيل في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

(٣) لأنه أمين ولأصالة الصحة في فعله.

(٤) لأصالة عدم الاشتراط إلا أن يثبت بدليل والمفروض عدمه.

(٥) لأصالة عدم اعتبار قوله إلا إذا ثبت بحجة معتبرة.

(٦) لظهور الإجماع على عدم اختصاص خيار الغبن بخصوص البيع، بل يجري في جميع المعاملات.

(٧) أما اللزوم فلأصالة اللزوم ـ في كل عقد ـ الثابتة بالأدلة المعتبرة التي تقدمت في كتاب البيع.

وأما عدم البطلان بالموت فلأنه عقد صدر عن أهله وفي محله فمقتضى الأصل اللزوم وعدم البطلان.

اللاحق، كما أن الأمر كذلك في إجارته لها (٨)، لكن استشكل فيه المحقق القمي تَيُّ بأن عقد المزارعة لازمة ولا تنفسخ إلا بالتقايل أو ببعض الوجوه التي ذكروها ولم يذكروا في تعدادها هذه الصورة مع أنهم ذكروا في الإجارة بطلانها إذا آجر البطن المتقدم ثم مات في أثناء المدة، ثم استشعر عدم الفرق بينهما بحسب القاعدة فالتجأ إلى أن الإجارة أيضاً لا تبطل بموت البطن السابق في أثناء المدة وإن كان البطن اللاحق يتلقى الملك من الواقف لا من السابق وأن ملكية السابق كانت إلى حين موته بدعوى أنه إذا آجر مدة لا تزيد على عمره الطبيعي ومقتضى الاستصحاب بقاؤه بمقداره، فكما أنها في الظاهر محكومة بالصحة كذلك عند الشارع وفي الواقع فبموت السابق ينتقل ما قرره من الأجرة إلى اللاحق لا الأرض بمنفعتها ـ إلى آخر ما ذكره من النقض والإبرام ـ وفيه ما لا يخفى، ولا ينبغي الإشكال في البطلان بموته في المقامين (٩).

---

(٨) لأن في الوقف الترتيبي تسلط كل بطن وحقه في العين الموقوفة محدود بحياته فقط، فليس له التصرف فيها بما يتعلق بما بعد حياته فلو تصرف كذلك ثم مات ينكشف بطلان تصرفه من حين موته.

(٩) مقتضى أصالة عدم الولاية وعدم السلطنة على التصرف فيما زاد على عمره هو البطلان فيما زاد عليه مطلقاً.

وبعبارة أُخرى: سلطنة كل بطن مادامية ظاهراً وواقعاً لادائمية فيكون البطلان مستنداً إلى عدم المقتضي، ولا ينتقض ذلك بما إذا آجر شخص داره مثلاً ثم مات أو باع الدار حيث لا تبطل الإجارة بالموت والبيع، لأن ملكية المالك للمنفعة كانت مطلقة غير محدودة بحد شرعي لا ظاهراً ولا واقعاً، فله السلطنة المطلقة على ملكه المطلق بما شاء وأراد بخلاف المقام الذي ليس له السلطنة المطلقة، وقد تقدم في (مسألة ١ و٣) من كتاب الإجارة (فصل الإجارة

السادسة: يجوز مزارعة الكافر مزارعاً كان أو زارعاً (١٠).

السابعة: في جملة من الأخبار النهي عن جعل ثلث للبذر وثلث للبقرة وثلث لصاحب الأرض وأنه لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً فإنما يحرم الكلام، والظاهر كراهته (١١)، وعن ابن الجنيد وابن البراج حرمته فالأحوط الترك (١٢).

الثامنة: بعد تحقق المزارعة على الوجه الشرعي يجوز لأحدهما(١٣) بعد ظهور الحاصل أن يصالح الآخر عن حصته بمقدار معين من جنسه أو غيره بعد التخمين (١٤) بحسب المتعارف بل لا بأس به قبل ظهوره أيضاً (١٥)، كما أن الظاهر جواز مصالحة أحدهما مع الآخر عن حصته في هذه القطعة من الأرض بحصة الآخر في الأخرى، بل الظاهر

من العقود اللازمة) ما ينفع المقام فراجع.

(١٠) للأصل والإطلاق والاتفاق، وما تقدم من قضية خيبر وموثق سماعة في (مسألة ١٢).

(١١) لاعراض الأصحاب عن ظاهر تلك الأخبار، فلا تصلح مستنداً للحرمة لهذه الجهة، وتقدمت الإشارة إليها في (مسألة ١٢).

(١٢) خروجاً عن مخالفتهم.

(١٣) لقاعدة السلطنة، وعموم أدلة الصلح، ولا ربا في المقام بعد عدم كونه من المكيل والموزون كما تقدم.

(١٤) بل يجوز قبله أيضاً لاغتفار الغرر في الصلح بما لم يغتفر في غيره كما تقدم في كتاب الصلح.

(١٥) مع الاطمينان العادي بالحصول ولو من القرائن، وأما مع عدمه فلا موضوع للصلح حينئذٍ فيبطل من هذه الجهة.

وبذلك يمكن جعل النزاع بين من جوز هذا الصلح وبين من لم يجوزه لفظياً فراجع وتأمل.

جواز تقسيمهما بجعل إحدى القطعتين لاحدهما والأخرى للآخر (١٦)، إذ القدر المسلم لزوم جعل الحصة مشاعة من أول الأمر وفي أصل العقد(١٧).

التاسعة: لا يجب في المزارعة على أرض إمكان زرعها من أول أمر(١٨)، وفي السنة الاولى، بل يجوز المزارعة على أرض بائرة لا يمكن زرعها إلا بعد إصلاحها وتعميرها سنة أو أزيد، وعلى هذا إذا كانت أرض موقوفة وقفاً عاماً أو خاصاً وصارت بائرة يجوز للمتولي أن يسلمها إلى شخص بعنوان المزارعة إلى عشر سنين أو أقل أو أزيد حسبما تقتضيه المصلحة على أن يعمرها ويزرعها إلى سنتين مثلاً لنفسه (١٩)، ثم يكون الحاصل مشتركاً بالاشاعة بحصة معينة.

---

(١٦) كل ذلك للأصل، وقاعدة السلطنة، وإطلاق أدلة الصلح.

(١٧) والمفروض حصولها، فالمقتضي لصحة ما ذكر موجود والمانع عنه مفقود.

(١٨) للأصل والإطلاق والسيرة وظهور الاتفاق بلا وجود مقيد في البين.

(١٩) لأن مقتضى الإطلاقات والعمومات عدم اعتبار كون الحاصل مشتركاً بين العامل والزارع من أول إنشاء عقد المزارعة، بل يكفي الاشتراك في الجملة، سواء كان ذلك من أوله إلى آخره أو من الأول فقط أو من الوسط أو من الآخر لاختلاف أغراض المعاملية بذلك فيشمل الجميع، للإطلاقات والعمومات ولا مقيد في البين إلا دعوى الانصراف إلى القسم الأول، وعلى فرض صحته فهو بدوي لا وجه لاعتباره.

ودعوى: انه مخالف لظاهرالفتاوي، ولقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي: «لا تقبل الأرض بحنطة مسماة، ولكن بالنصف والثلث والربع لا بأس به.

العاشرة: يستحب للزارع، كما في الأخبار الدعاء عند نثر الحب (٢٠) بأن يقول: «اللهم قد بذرنا وأنت الزارع واجعله حباً متراكماً»، وفي بعض الأخبار (٢١) «إذا أردت أن تزرع زرعاً فخذ قبضة من البذر واستقبل القبلة» وقل: ﴿أفرأيتم ما تحرثون أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون﴾ ثلاث مرات، ثم تقول: «بل الله الزارع» ثلاث مرات، ثم قل «أللهم اجعله حباً مباركا وارزقنا فيه السلامة» ثم انثر القبضة التي في يدك في القراح (٢٢).

وفي خبر آخر (٢٣) لما هبط آدم عليه السلام إلى الأرض احتاج إلى الطعام والشراب فشكى ذلك إلى جبرائيل؟ فقال له جبرائيل: يا آدم كن حراثاً، فقال عليه السلام: فعلمني دعاءاً، قال: قل «أللهم اكفني مؤونة الدنيا وكل هول دون الجنة والبسني العافية حتى تهنئني المعيشة».

تم كتاب المزارعة

وقال: لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس»[1].

مردود، لأن مقتضى إطلاق الفتاوي ومثل هذه النصوص كفاية الإشاعة في الجملة ودعوى ظهورها في أنه لابد في كون الإشاعة من أول الحاصل إلى آخره عين المدعى وأصل الدعوى، وعلى فرض عدم كونه من المزارعة المعهودة يكون عقداً مستقلاً وقد أثبتنا مراراً صحة ذلك.

(٢٠) كما في خبر شعيب[2].

(٢١) كما في رواية ابن بكير[3].

(٢٢) القراح: المزارع التي ليس عليها بناء ولا شجر والجمع أقرحة.

(٢٣) كما في رواية مسمع[4]. والحمد لله رب العالمين.

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٣.

(٢) (٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٤) الوسائل باب: ٥ من أبواب المزارعة والمساقاة.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المساقاة

وهي معاملة على أصول ثابتة (١) بحصة من ثمرها، ولا إشكال في

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي يسوق الماء إلى
الأرض الجرز فيخرج به عنباً وزيتوناً ونخيلاً
والصلاة والسلام على محمد الذي سُقيَ من الشراب
الطهور والرحيق المختوم ومن كأس كان مزاجها زنجبيلاً
وآله الذين كانوا بعلمهم وعملهم للدين الحنيف هادياً ودليلاً.

(١) لم يرد لفظ «المساقاة» في الكتاب والسنة ولا في أحاديث الأئمة عليهم السلام كما يأتي في المسألة الرابعة.

نعم، ذكر معناها في الجملة في صحيح ابن شعيب[1]، كما يأتي في المتن، ولعله لذلك لم يجعل متقدموا المحدثين ولا متأخريهم للمساقاة كتاباً مستقلاً وجعلوها تبعاً للمزارعة، بل عن بعض الفقهاء أن المزارعة تطلق في

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٢.

الأخبار على ما يشمل المساقاة فيمكن استفادة أحكام المساقاة منها.

وهو استظهار وجيه لوجود الجامع القريب بينهما وهو استنماء الجسم النامي ولعله لذلك أجمل المساقاة في الأخبار ولم يعنون لها كتاب مستقل في كتب الأحاديث، وعن بعض متتبعي مشائخنا رحمهم الله أن فروع المساقاة وأحكامها لابد وإن يستفاد من القواعد العامة إذ ليس فيها دليل خاص بها.

وقد تقدم في أول المزارعة ما ينفع للمقام أيضاً لأن كلاً منهما من المفاعلة بلا فرق بينهما من هذه الجهة.

ثم إن المساقاة بالمعنى العام ـ المتطور بأطوار الأزمنة والأمكنة فطوراً بالرش من الآبار وآخر بالدوالي من الأنهار وثالثة بالمكائن الحديثة منها ورابعة بما يسمى بـ(الآبار الارتوازية) إلى غير ذلك ـ من المفاهيم العرفية المعلومة عند عمال الجنان والبساتين، واللازم للفقيه الرجوع اليهم في تشخيص ذلك خصوصاً فيما قارب هذه الأعصار التي اهتم الناس بتربية الأشجار مطلقاً كثيراً ووضعوا له علماً خاصاً وخبراء متخصصين.

ثم أن الفقهاء قد يعبرون في تعريفها بما في المتن أي «المعاملة على أصول ثابتة ...» وقد يعبرون بقولهم: «نابتة» ولا ريب في كون التعبير الثاني أعم من الأول فيشمل مثل (البطيخ والباذنجان) ونحوهما والمزارعة أيضاً، لكن حيث يذكرونها في مقابل المزارعة لابد وأن يحمل على معنى خاص لا تشمل المزارعة ويأتي في (مسألة ٣) بعض الكلام.

ويمكن أن يقال: أن المساقاة إما ملحق بالاجارة حكماً، أو تكون منها موضوعاً فيملك صاحب الأصول على العامل العمل كالمستأجر بالنسبة إلى الأجير، ولكنه اغتفر في المساقاة من الجهالة ما لم يغتفر في الإجارة، كما أن ظاهر الأصحاب عدم وقوعها بلفظ الإجارة ولكنه بلا دليل بعد توسعة الأمر في المساقاة من كل جهة حتى الفاظ عقدها كما يأتي.

مشروعيتها في الجملة (٢)، ويدل عليها ـ مضافاً إلى العمومات ـ خبر يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام «سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمان أو نخل أو فاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج؟ قال عليه السلام لا بأس» وجملة من أخبار خيبر، منها صحيح الحلبي قال «أخبرني أبو عبدالله عليه السلام أن أباه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خيبراً بالنصف أرضها ونخلها فلما أدركت الثمرة بعث عبدالله بن رواحة (الخ)، هذا مع أنها من المعاملات العقلائية ولم يرد نهي عنها ولا غرر فيها(٣) حتى يشملها النهي عن الغرر.

ويشترط فيها أمور:

الأول: الايجاب والقبول (٤)، ويكفي فيهما كل لفظ دال على المعنى المذكور ماضياً كان، أو مضارعاً، أو أمراً (٥)، بل الجملة الاسمية مع

---

(٢) للإجماع، والسيرة خصوصاً في الأزمنة القديمة، وخصوصاً في الحجاز حيث كان غالب سقي الاشجار من الآبار ويستأجرون العامل لذلك بحصة من الحاصل.

(٣) أي: زائداً على الغرر الذي هو من لوازمها المتعارفة، وإلا فحاصل المزارعة والمساقاة في معرض الغرر والحوادث والآفات الأرضية والسماوية.

(٤) لأنها عقد وكل عقد متقوم بهما.

(٥) لأن المناط كله الظهور العرفي في إنشاء المعاملة المقصودة، ولو كان الظهور مستنداً إلى القرائن وليس المراد الظهور اللغوي حتى يتوهم أن الأمر ليس انشاءً للمفهوم لغة فلا يقع به الإيجاب والقبول، ويتكلف في صحة وقوع الإيجاب والقبول به بأنه يرجع إلى الإذن، ومن لوازم الإذن عرفاً الإيجاب والقبول لأنه مردود بأنه يمكن أن يكون الأمر ظاهراً في المحاورات العرفية، ولو بالقرائن في إنشاء المفهوم ولا نحتاج إلى شيء زائد غير الظهور المحاوري.

قصد الانشاء بأي لغة كانت (٦)، ويكفي القبول الفعلي (٧) بعد الإيجاب القولي، كما أنه يكفي المعاطاة (٨).

الثاني: البلوغ، والعقل، والاختيار (٩).

الثالث: عدم الحجر لسفه، أو فلس (١٠).

إن قيل: فعلى هذا يمكن أن يقال بصحة إنشاء كل عقد بلفظ الأمر مع أنهم لا يقولون بها.

يقال: لا بأس بذلك إذا كان فيه ظهور عرفي لولا دعوى الإجماع واثباته على عهدة مدعيه.

(٦) لإطلاق أدلة العقود الشامل لجميع ذلك وعدم دليل على التقييد بشيء في المقام.

(٧) لأن المناط كله في القبول إظهار الرضاء بالإيجاب، وهو كما يحصل بالقول يحصل بالفعل أيضاً ولا دليل على التقييد بالقول في المقام بل الأصل والإطلاق ينفيه.

(٨) لإطلاق أدلة العقود الشامل للفعلي منها كشموله للقولي إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل على الخلاف في المقام؛ فالأقسام أربعة:

الأول: كون الايجاب والقبول كلاهما فعليين.

الثاني: كونهما لفظيين .

الثالث: الايجاب لفظي والقبول فعلي.

الرابع: عكس ذلك والكل صحيح لإطلاق الأدلة وعدم ما يصلح للتقييد.

(٩) تقدم مراراً دليل اعتبار هذه الأمور في العقود مطلقاً، لأنها من الشرائط العامة في كل إنشاء وذكر أدلتها في البيع يجزي عن ذكرها في سائر العقود فلا وجه للأطالة بالتكرار.

(١٠) لأن هذه المعاملة تصرف مالي والمحجور ممنوع منه كما يأتي في

الرابع: كون الأصول مملوكة عيناً ومنفعة، أو منفعة فقط، أو كونه نافذ التصرف فيها لولاية، أو وكالة، أو تولية (١١).

الخامس: كونها معينة عندهما معلومة لديهما (١٢).

السادس: كونها ثابتة مغروسة فلا تصح في الوديّ أي الفسيل قبل الغرس (١٣).

السابع: تعيين المدة بالأشهر والسنين (١٤) وكونها بمقدار يبلغ فيه الثمر غالباً (١٥).

كتاب الحجر هذا إذا كان من العامل مال أيضاً، وأما إن لم يكن منه مال بل كان عليه مجرد العمل فقط ففلسه لا يضر بالصحة .

(١١) وذلك كله لأن عقد المساقاة تصرف خاص في الأصول لابد في صحته من إذن مالكي أو شرعي وإلا يقع باطلاً.

(١٢) ذكر التعيين يغنى عن ذكر المعلوم لديهما فيكون الثاني تأكيداً للأول، والدليل على اعتبار التعيين السيرة وظهور الإجماع وعدم إقدام متعارف الناس على المعاملة بما هو مجهول مطلق.

نعم، يغتفر فيها الجهالة في الجملة ولا تعتبر المداقة في التعيين من كل جهة، للسيرة في ذلك أيضاً.

(١٣) لأن ذلك هو الذي يقع في الخارج من المساقاة وهو المنساق مما ورد في هذا المساق، مضافاً إلى ظهور الإجماع على اعتباره.

ثم أن الوديّ بالياء المشددة كـ(غني) هو الفسيل وصغار النخيل.

(١٤) للإجماع والسيرة، ولأن هذا هو المنساق مما ورد في تشريع هذه المعاملة مع عدم إقدام متعارف الناس في معاملاتهم مطلقاً على ما يتحقق فيه الغرر والجهالة، بل يلام لديهم مَن أقدم عليه ويوبّخ ولم يرد ردع عن ذلك بل الأدلة الشرعية منزلة على هذه المرتكزات .

(١٥) إن احتاج الشجر إلى السقي، وأما إن استغنى عنه لرطوبة الهواء أو

نعم، لا يبعد جوازها في العام الواحد إلى بلوغ الثمر من غير ذكر الأشهر لأنه معلوم بحسب التخمين ويكفي ذلك في رفع الغرر (١٦)، مع أنه الظاهر من رواية يعقوب بن شعيب المتقدمة (١٧).

الثامن: أن يكون قبل ظهور الثمر (١٨) أو بعده وقبل البلوغ بحيث كان يحتاج بعد إلى سقي أو عمل آخر، وأما إذا لم يكن كذلك ففي صحتها

لجهات أخرىٰ فلا موضوع للمساقاة حينئذٍ كما يأتي بعض الكلام في الشرط الثامن.

(١٦) الحق أن إيكال هذه الأمور إلى خبراء عمال النخيل والبساتين والاشجار أولى من تعرض الفقيه لها، إذ ليست هذه الأمور من التعبديات الصرفة، كما أنه ليس الفقيه أهل خبرة هذه الأمور بل لابد له أن يرجع اليهم فقد يرى الفقيه مورداً غرراً بحسب نظره وهو ليس غرراً لديهم، مع أن المساقاة تختلف بحسب الأزمنة والأمكنة وسائر الجهات والخصوصيات التي لا تضبطها ضابطة كلية، ولعله لأجل ذلك أجمل أئمة الدين هذا الموضوع ولم يبينوا تفاصيله مع كونه ابتلائياً فأوكلوا ذلك إلى العارفين بهذه الأمور.

(١٧) إطلاقه[1]، يشمل صورة قصد الدوام وصورة ما إذا كانت المدة معلومة بالتخمين، وعن الجواهر ظهوره في الصورة الأولىٰ.

وفيه: انه من مجرد المدعي كما لا يخفى.

(١٨) الأقسام خمسة:

الأول: قبل ظهور الثمرة مع الاحتياج إلى السقي والعمل.

الثاني: بعد الظهور وقبل البلوغ مع الاحتياج المذكور وظاهر الفقهاء صحة المساقاة فيهما، وتقتضيه السيرة والمرتكزات والعمومات والإطلاقات أيضاً.

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب المزارعة: ٢ وتقدم في صفحة: ١٤٣.

إشكال (١٩)، وإن كان محتاجاً إلى حفظ أو قطوف أو نحو ذلك.

التاسع: أن يكون الحصة معينة مشاعة (٢٠)، فلا تصح مع عدم تعيينها إذا لم يكن هناك انصراف (٢١)، كما لا تصح إذا لم تكن

الثالث: قبل الظهور مع عدم الاحتياج إلى السقي والعمل أصلاً، وإن احتاج إلى الاقتطاف ونحوه.

الرابع: بعد الظهور وقبل البلوغ مع عدم الاحتياج إليهما، وإن احتاج إلى بعض الأمور فإن كانت المساقاة من الإجارة موضوعاً وإن اغتفر في المساقاة الجهالة في الجملة دون الإجارة فالظاهر الصحة، لوجود عمل قابل لأن يستأجر لاتيانه، وإن كانت عنواناً مستقلاً فمقتضى المرتكزات والإجماع المدعى عدم الصحة فلا تشملها عموم وجوب الوفاء بالعقد وإطلاقه.

إلا أن يقال: انها يشمله مع وجود الغرض العقلائي في البين فتكون معاملة مستقلة وإن لم تكن داخلة في الإجارة والجعالة، ومن ذلك يظهر حكم القسم الخامس وهو ما إذا لم يكن عمل في البين أصلاً ولكن كان هناك غرض عقلائي في إنشاء هذه المعاملة، ويأتي في (مسألة ١) أيضاً بعض الأقسام وهي مكررة مع المقام كما يأتي في (مسألة ١٠) أيضاً، ويظهر من قول الماتن المنافاة مع المقام فراجع.

(١٩) بناء على ما مر من التفصيل في الاقسام، وإنها تختص بما إذا كان في المورد عمل خاص من سقي، ونحوه وأما بناء على التعميم بكل ما فيه غرض صحيح فلا إشكال فيه.

(٢٠) أما التعيين فلظهور الإجماع، والمنساق من النصوص.

وسيرة المتشرعة بل العقلائية قديماً وحديثاً.

وأما الاشاعة فقد أرسل ذلك إرسال المسلمات الفقهية وأدعى جمع من الفقهاء نفي الخلاف فيه بين الأصحاب.

(٢١) أما عدم الصحة مع عدم التعيين فلانتفاء المشروط بانتفاء الشرط.

مشاعة(٢٢) بأن يجعل لأحدهما مقداراً معيناً والبقية للآخر.

نعم، لا يبعد جواز أن يجعل لأحدهما أشجاراً معلومةً(٢٣)، وللآخر أخرى، بل وكذا لو اشترط اختصاص أحدهما بأشجار معلومة والاشتراك في البقية أو اشترط لأحدهما مقدار معين مع الاشتراك في البقية إذا علم

وأما اعتبار الانصراف فلأن الانصراف المعتبر كالتعين.

(٢٢) لما مر من انتفاء المشروط بانتفاء الشرط.

(٢٣) بأن تجعل الحصة المشاعة الواقعة عليها العقد في النخلات المعلومة، وهذا صحيح لا إشكال فيه.

وأما ما قيل: من أنه متناف في نفسه مع اعتبار الإشاعة، ومخالف لكلام الفقهاء، ومخالف للأدلة الخاصة ـ لاقتضائها المنع من هذه الصورة ـ والعامة لاقتضائها الجواز في الصورة الأولى.

مردود: أما الأول فلأن مورد الاشاعة هي الثمرة ومورد التعيين النخلات فكيف يتحقق التنافي حينئذٍ.

نعم، لو كان مورد التخصيص خصوص الثمرة من حيث هي مع قطع الاشاعة من كل جهة لتحقق التنافي وظاهر المتن خلافه.

وأما الثاني: فلأن المخالفة مسلمة إن قطعت الثمرة عن الإشاعة من كل جهة واما لو بقيت في الجملة ولو مع الشركة مع بقية الثمار في الجملة فأي مخالفة حينئذٍ؟ لأن تخصيص الأشجار أعم من تخصيص الأثمار.

ومن ذلك كله يظهر الجواب عن الإشكال الثالث لأن مورد الأدلة الخاصة الاختصاص بالنسبة إلى الثمرة لا الشجر مع بقاء الاشاعة في الجملة.

ودعوى: أن ما ذكره هنا مناف لما ذكره في المزارعة (فلا وجه لها)، لأن في مورد المزارعة ورد الدليل بالخصوص بالمنع عن هذه الجهة بخلاف المقام، فإن ما وصل إلينا من الأدلة إنما هو الإشاعة في الجملة في الثمر، سواء كانت

كون الثمرة أزيد من ذلك المقدار وأنه تبقى بقية (٢٤).

العاشر: تعيين ما على المالك من الأمور وما على العامل من الأعمال(٢٥)

الشجر مختصة أو لا فالفرق بينهما واضح إلا أن يقال: أن المزارعة أصل للمساقاة من كل حيثية وجهة ويترتب أحكام المزارعة على المساقاة من كل جهة، وإثبات هذه الكلية يحتاج إلى دليل وهو مفقود.

نعم، لو جعل أصل السهم من الأول في النخلات المعلومة بطلت بعنوان المساقاة على ما هو ظاهر كلماتهم.

ويمكن أن يقال بصحته إجارةً، لفرض اشتمال المساقاة على عنوان الإجارة كما مر، وهذا المقدار من القصد يكفي ولادليل على اعتبار الأزيد منه بل مقتضى إطلاق **﴿أوفوا بالعقود﴾**[1]، عدمه بعد صدق العقد عليه عرفاً.

(٢٤) كل منهما لتحقق الإشاعة في الجملة، فتشمله الأدلة، مضافاً إلى أصالة الصحة وعموم **﴿أوفوا بالعقود﴾**[2]، ومن ذلك يعلم أن ما توهم من أنه لابد من الاشاعة في جميع الثمر قول بلا دليل وتوهم عليل، ولو فرض استظهار ذلك فلا ريب أنه من باب الغالب لا المقوِّم.

(٢٥) أما أصل تعيين ما على المالك وما على العامل في الجملة بنحو الكبرى الكلية فهو مجمع عليه بين الفقهاء بل من ضروريات الفقه؛ وتدل عليه السيرة قديماً وحديثاً.

وأما تعيين الصغريات فهو ليس من وظيفة الفقه والفقيه لاختلافها باختلاف الأزمنة والأمكنة وسائر الجهات والخصوصيات الغير المنضبطة بضابطة كلية كلما تعارف كونه على العامل في كل زمان ومكان لابد من تعيينه، وكلما تعارف كونه على المالك فكذلك وما شك فيه من أنه على أيهما لابد فيه

---

(١) (٢) سورة المائدة: ١.

إذا لم يكن هناك انصراف (٢٦).

(مسألة ١): لا إشكال في صحة المساقاة قبل ظهور الثمر (٢٧)، كما لا خلاف في عدم صحتها بعد البلوغ والادراك بحيث لا يحتاج استكشافه إلى عمل غير الحفظ والاقتطاف (٢٨)، واختلفوا في صحتها إذا كان بعد الظهور قبل البلوغ، والأقوى كما أشرنا إليه صحتها (٢٩) سواء كان العمل مما يوجب الاستزادة أو لا، خصوصاً إذا كان في جملتها بعض الاشجار التي بعد لم يظهر ثمرها (٣٠).

(مسألة ٢): الأقوى جواز المساقاة على الاشجار التي لا ثمر لها وإنما ينتفع بورقها (٣١) كالتوت والحناء ونحوهما.

من الرجوع إلى أهل الخبرة، ومع عدم الإمكان لابد من التراضي والتصالح، ويأتي في (مسألة ٩) ما ينفع المقام.

(٢٦) لأن الانصراف المعتبر كالتعيين.

(٢٧) للإطلاق، والاتفاق، والسيرة بعد صدق عنوان المساقاة في الجملة، وتقدم ما يتعلق بهذه المسألة في الشرط الثامن أيضاً.

(٢٨) لا اعتبار بدعوى عدم الخلاف في مثل هذه المسألة الاجتهادية، مع أنه يمكن القول بالصحة بجعلها من الإجارة أو تعميم المساقاة موضوعاً للأغراض اللاحقة لكل غرض عقلائي يتعلق بهذا العمل الخاص، وذلك يختلف باختلاف الخصوصيات والجهات.

(٢٩) للإطلاقات والعمومات والسيرة في الجملة، وظهور الاتفاق إلا ممن لا يعتد بخلافه لكثرة مناقشاته في المسلمات.

(٣٠) ظهر مما مر صحة المساقاة بعنوانها الأعم خصوصاً فيما إذا أوجبت الاستزادة، أو كان هناك أشجار بعد لم يظهر ثمرها فإن صحة المساقاة فيها مما لا يقبل الإنكار.

(٣١) نسب الجواز إلى المشهور، ويساعده القاعدة المرتكزة في أذهان

(مسألة ٣): لا يجوز عندهم المساقاة على أصول غير ثابتة (٣٢)

العقلاء من صحة المعاملة على كلما فيه غرض صحيح عقلائي غير منهي عنه شرعاً، وهذه القاعدة تشمل جميع المعاملات ـ بيعاً كانت أو إجارة أو مساقاة أو مزارعة أو غيرها ـ ويكفي عدم ورود المنع عن الشرع بعد عموم مثل: **﴿أوفوا بالعقود﴾**[1]، فالمقتضى للصحة موجود والمانع عنها مفقود فما هو المشهور هو المنصور، فلا وجه للتمسك بأصالة عدم ترتب الأثر بعد وجود العموم وعدم ورود النهي.

إن قيل إن المساقاة يتحمل من الجهالة ما لا يتحملها غيره فلابد فيه من الاقتصار على المتيقن.

يقال: بعد صدق المساقاة لغة وعرفاً تترتب عليها آثارها قهراً فلا وجه للإشكال، فما ذكره في الجواهر من التفصيل بين ما إذا كان تبعاً فتصح وإلا فلا تصح. لا وجه له بعد الصدق عرفاً مطلقاً، وتقتضيه المرتكزات أيضاً.

(٣٢) جموداً على هذه اللفظة التي ذكرها جمع من الفقهاء ولم يرد هذه الجملة (أصول غير ثابتة) في نص حتى يتعبد به.

نعم، ذكر الرمان والنخل والشجر في بعض النصوص[2]، ولأصالة عدم ترتب الأثر إلا في المتيقن من الأدلة والكلمات.

وفيه: أما الكلمات فما لم يكن إجماع معتبر لا اعتبار بها، وأما ذكر سقي النخل والرمان والشجر في الروايات فيمكن حملها على الغالب والمثال، وأما أصالة عدم ترتب الأثر فلا أثر لها مع عمومات العقود وإطلاقاتها فيصح أن يقال: إن المساقاة المذكورة في كلماتهم ما يكون الغرض الأهم منها السقي لغرض

(١) سورة المائدة: ١.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب المزارعة.

كالبطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر ونحوها وإن تعددت اللقطات فيها كالأولين، ولكن لا يبعد الجواز للعمومات (٣٣) وإن لم يكن من المساقاة المصطلحة (٣٤) بل لا يبعد الجواز في مطلق الزرع كذلك، فإن مقتضى العمومات الصحة بعد كونه من المعاملات العقلائية، ولا يكون من المعاملات الغررية عندهم غاية الأمر أنها ليست من المساقاة

تنمية النباتات، أو ما يصلح به طريق الاستسقاء وإن لم يكن سقي فعلي في البين فيجوز إطلاقها على جميع ذلك ولو بالمسامحة العرفية، وله أفراد كثيرة..

فتارة: يكون السقي بالنسبة إلى الأصول الثابتة وهو الغالب.

وأخرى: بالنسبة إلى القطن والباذنجان.

وثالثة: بالنسبة إلى مطلق الزرع ولا محذور في ذلك من عقل أو نقل إلا دعوى غلبة الاستعمال فيما له أصول ثابتة، وهي لا توجب الاختصاص بما هو الغالب وحينئذٍ فعامل المزارع ...

تارة: يتكفل الأمران أي السقي وسائر الجهات.

وأُخرىٰ: هو يتكفل سائر الجهات ويأخذ المالك للسقي شخصاً آخر، ويأتي في المسألة الثانية ما ينفع المقام.

ونسب إلى الشيخ جواز المساقاة على مثل البقل الذي يجز مرة بعد أخرىٰ ونسب إلى جامع الشرايع جوازها في الباذنجان.

(٣٣) واحتمال أنها ليست في مقام التفصيل، فإنما هو في مقام أصل التشريع إجمالاً فلا يصح التمسك بها.

باطل لما أثبتناه في محله من أن عمومات العقود والمعاوضات منزلة على الصدق العرفي، فمع الصدق كذلك يتمسك بها ما لم يرد نهي عنه بالخصوص ولا ريب في صدق العقد عرفاً على كل ذلك.

(٣٤) يمكن أن تكون من المساقاة المصطلحة على ما بيناه.

المصطلحة (٣٥).

(مسألة ٤): لا بأس بالمعاملة على أشجار لا تحتاج إلى السقي (٣٦) لاستغنائها بماء السماء أو لمصّ أصولها من رطوبات الأرض وإن احتاجت إلى اعمال أخر، ولا يضر عدم صدق المساقاة حينئذٍ فإن هذه اللفظة لم ترد في خبر من الأخبار (٣٧) وإنما هي من إصطلاح العلماء وهذا التعبير منهم مبني على الغالب، ولذا قلنا بالصحة إذا كانت المعاملة بعد ظهور الثمر واستغنائها من السقي، وإن ضويق نقول بصحتها وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة (٣٨).

(مسألة ٥): يجوز المساقاة على فسلان مغروسة (٣٩)، وإن لم تكن

---

(٣٥) ظهر مما تقدم انه يمكن كونها منها، مع امكان استفادتها من إطلاق الأدلة الخاصة كصحيح يعقوب بن شعيب عن الصادقعليه السلام: «وكذلك أعطى رسول اللهصلى الله عليه وآله خيبراً حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت»[1].

(٣٦) للأصل، والإطلاق بعد كون السقي من أحدى الاغراض لهذه المعاملة لا أن يكون تمام الغرض بنحو العلية التامة، مع إطلاق بعض أخبار المقام كما تقدم في صحيح يعقوب بن شعيب.

(٣٧) قد ورد ذكر سقي النخيل والرمان والشجر في الأخبار[2]، وتقدم ما يصلح لعدم الاختصاص بما ورد فراجع.

(٣٨) يمكن جعل ذلك منها أيضاً على ما مر وطريق الاحتياط في جميع ذلك التصالح والتراضي.

(٣٩) لظهور الاتفاق والإطلاق الشامل لهذه الصورة أيضاً.

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٢.

(٢) الوسائل باب: ٩ من أبواب المزاررعة حديث: ٢ وغيره.

مثمرة إلا بعد سنين بشرط تعيين مدة تصير مثمرة فيهاولو بعد خمس سنين أو أزيد.

(مسألة ٦): قد مرّ أنه لا تصح المساقاة على وديّ غير مغروس، لكن الظاهر جواز إدخاله في المعاملة على الاشجار المغروسة بأن يشترط على العامل غرسه (٤٠) في البستان المشتمل على النخيل والاشجار ودخوله في المعاملة بعد ان يصير مثمراً (٤١)، بل مقتضى العمومات صحة المعاملة على الفسلان الغير المغروسة إلى مدة تصير مثمرة (٤٢) وإن لم تكن من المساقاة المصطلحة (٤٣).

(مسألة ٧): المساقاة لازمة (٤٤) لا تبطل إلا بالتقايل أو الفسخ بخيار الشرط، أو تخلف بعض الشروط، أو بعروض مانع عام موجب للبطلان، أو نحو ذلك (٤٥).

---

(٤٠) لعموم أدلة الشروط؛ وما مر في الشرط السادس من عدم الجواز إنما هو فيما إذا كان مستقلاً لا تبعاً.

(٤١) إن كان المراد بذلك تعليق انشاء المساقاة على ذلك يكون ذلك من التعليق، وظاهرهم البطلان فيه إلا أن يقال: إن ذلك مغتفر فيها كاغتفار الجهالة فيها، وإن كان المراد تعليق التخصيص بعد أن يصير مثمراً فلا بأس به.

(٤٢) تقدم وجه الصحة في مسألتي ٣ و٤ وتقدم إمكان ادخال ذلك كله في المساقاة موضوعاً أيضاً وطريق الاحتياط التراضي.

(٤٣) مر امكان إدخالها في المساقاة المصطلحة ولو بالمسامحة العرفية.

(٤٤) لما تقدم في كتاب البيع في المعاطاة من الأدلة الدالة على لزوم كل عقد إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل على الخروج في المقام بل اجمعوا على لزومها من غير خلاف بينهم.

(٤٥) لأن كل ذلك مما يزول بها العقد اللازم كما مر في البيع فلا وجه

(مسألة ٨): لا تبطل بموت احد الطرفين (٤٦)، فمع موت المالك ينتقل الأمر إلى وارثه، ومع موت العامل يقوم مقامه وارثه (٤٧)، لكن لا يجبر على العمل (٤٨) فإن اختار العمل بنفسه أو بالاستئجار فله، وإلا فيستأجر الحاكم من تركته من يباشره (٤٩) إلى بلوغ الثمر ثم يقسم بينه وبين المالك.

للاعادة بالتكرار.

(٤٦) للأصل وظهور الإجماع. ونسب إلى الشيخ بطلانها بالموت، وإلى المهذب البارع والمقتصر: أن كل من قال ببطلان الإجارة بالموت قال ببطلان المساقاة به أيضاً.

وكلا القولين بلا دليل، والثاني قياس، مع ما مر في الإجارة من عدم بطلانها بالموت فراجع فلا وجه للاطالة بالتكرار.

(٤٧) لأن هذا الحق قابل للنقل إلى الوارث إجماعاً، وكل حق كان كذلك ينقل إلى الورثة بالضرورة الفقهية.

وتوهم: أن الموروث انما هو فيما إذا كان الحق حقاً للمورث لا أن يكون عليه، وفي المقام يمكن أن يكون حق العمل على العامل وحق البدل على المالك.

فاسد: لأن كل حق يمكن أن يكون بالدلالة الالتزامية لشخص وهو بعينه على الآخر.

ودعوى: أنه لابد وأن يكون مورد الإرث التركة لا نفس الحق وحينئذٍ يجبرهما الحاكم على أحقاق الحق. أكل من القفا كما لا يخفى.

(٤٨) لأصالة عدم الولاية لأحد على إجباره فإن الحق المنتقل إلى الورثة إنما هو حق تخليص ذمة المورث عن العمل أعم من المباشرة، فيكون مخيراً بينهما من دون اجبار لأحدهما في البين كما هو كذلك في كل موضوع تخييري.

(٤٩) لأن العمل المستوفى بالمال له مالية عرفاً وشرعاً فيصير كالدين

نعم، لو كانت المساقاة مقيدة بمباشرة العامل تبطل بموته (٥٠)، ولو اشترط عليه المباشرة لا بنحو التقييد فالمالك مخير (٥١)، بين الفسخ لتخلف الشرط وإسقاط حق الشرط والرضا بإستئجار من يباشر.

(مسألة ٩): ذكروا أن ـ مع إطلاق عقد المساقاة (٥٢) ـ جملة من

حينئذٍ، ثم ان الأقسام ثلاثة:

الأول: قيام الوارث مباشرة أو تسبيباً إلى العمل.

الثاني: عدم قيام أحد بهذا العمل مباشرة أو تسبيباً فلابد من الإخراج من تركته، ويكون المتصدي للإخراج الحاكم الشرعي من باب الحسبة، لفرض امتناع الورثة عن تفريغ ذمة الميت، والظاهر جواز تصدي الورثة للإخراج من أصل التركة أيضاً لما مر من أن الحق من الحقوق المالية، ولكن الاحتياط في الاستيذان من الحاكم الشرعي أيضاً لأصالة عدم ولايتهم على التصرف في سهام الصغار لاحتمال كون هذا الحق من الحقوق التي يعمل في تحصيل المال لا أن يكون مالاً أولاً وبالذات.

الثالث: عدم قيام الوارث وعدم المال والتركة له فتبطل أصل المساقاة لانتفاء موضوعها حينئذٍ.

(٥٠) لمكان التقييد بالمباشرة الغير الممكنة بعد الموت فينتفي المشروط بانتفاء شرطه.

(٥١)) لما ذكرناه في كتاب البيع من ثبوت خيار الشرط عند تخلفه الغير المختص بعقد دون عقد إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل على الخلاف في المقام، والمرجع في تشخيص التقييد والشرط متعارف أذهان المتشرعة لا الدقيات العقلية كما تقدم التفصيل في بحث الشرط.

(٥٢) قد تعرضنا مكرراً انه ليس بيان هذه الأمور من شأن الفقيه لأنها مختلف بحسب اختلاف الأزمنة والأمكنة، ولها عرف خاص بها في كل محل

الأعمال على العامل وجملة منها على المالك، وضابط الأُولىٰ ما يتكرر كل سنة، وضابط الثانية (٥٣) ما لا يتكرر نوعاً وإن عرض له التكرر في بعض الأحوال، فمن الأول إصلاح الأرض بالحفر فيما يحتاج إليه وما يتوقف عليه من الآلات وتنقية الأنهار والسقي ومقدماته كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء واستقائه إذا كان السقي من بئر أو نحوه، وإزالة الحشيش المضرة وتهذيب جرائد النخل والكرم والتلقيح واللقاط والتشميس وإصلاح موضعه وحفظ الثمرة إلى وقت القسمة، ومن الثاني حفر الآبار والأنهار وبناء الحائط والدولاب الدالية ونحو ذلك مما لا يتكرر نوعاً، واختلفوا في بعض الأُمور أنه على المالك أو العامل مثل البقر الذي يدير الدولاب والكش للتلقيح وبناء الثلم ووضع الشوك على الجدران وغير ذلك، ولا دليل على شيء من الضابطين، فالأقوى انه إن كان هناك انصراف في كون شيء على العامل أو المالك فهو، وإلا فلابد من ذكر ما يكون على كل منهما رفعاً للغرر، ومع الإطلاق وعدم الغرر يكون عليهما معاً لان المال مشترك بينهما فيكون ما يتوقف عليه تحصيله عليهما (٥٤).

(مسألة) ١٠): لو اشترطا كون جميع الأعمال على المالك فلا خلاف بينهم في البطلان لأنه خلف وضع المساقاة (٥٥).

تتحقق فيها المساقاة من القرى والبساتين والفلوات فمع تحقق العرف الخاص يتبع لا محالة ومع تردد العرف لابد من التراضي بأي نحو كان.

(٥٣) ظهر مما مر عدم الكلية لهذه الضابطة أيضاً.

(٥٤) الظاهر أن ذلك من الالتزامات البنائية العقلائية في المشتركات بينهم، فيكون سبب التحصيل أيضاً مشتركاً ما لم تكن قرينة معتبرة على الخلاف.

(٥٥) كونه خلاف إطلاقها مسلم، وأما كونه خلاف وضعها مع وجود

نعم، لو ابقى العامل شيئاً من العمل عليه واشترط كون الباقي على المالك فإن كان مما يوجب زيادة الثمرة (٥٦) فلا إشكال في صحته (٥٧).

وإن قيل بالمنع (٥٨) من جواز العمل على المالك ولو بعضاً منه ـ وإلا كما في الحفظ ـ ونحوه ففي صحته قولان أقواهما الأول (٥٩)، وكذا الكلام إذا كان إيقاع عقد المساقاة بعد بلوغ الثمر وعدم بقاء عمل إلا مثل الحفظ ونحوه وإن كان الظاهر في هذه الصورة عدم الخلاف في

غرض عقلائي شرعي في البين في هذا النحو من المساقاة فغير مسلم.

نعم، لو لم يكن غرض عقلائي في البين فلا تنعقد المعاملة أصلاً لعدم غرض عقلائي شرعي فيها فتكون من مجرد الوعد باعطاء شيء للعامل، والمشهور عدم لزوم الوفاء بالوعد.

(٥٦) أي: ما أبقاه العامل لنفسه.

(٥٧) لأصالة الصحة وإطلاق الأدلة الشامل لهذه الصورة.

(٥٨) نسب ذلك إلى الشيخ في مبسوطه، وإلى صاحب الوسيلة وجامع الشرايع، واستدل الشيخ بأن مقتضى المساقاة أن يكون تمام العمل على العامل.

وفيه: أنه مقتضى إطلاقها لا أن يكون مقتضى ذاتها، وربما يستدل أيضاً بما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله في قضية خيبر[1]، حيث يستفاد منه كون العمل على العامل.

وفيه: انه ليس في مقام البيان من هذه الجهات حتى يصح التمسك بإطلاقه.

(٥٩) أصل الصحة في الجملة مسلم إنما الكلام في أن ذلك مساقاة صحيحة أو لا، بل نحو إجارة أو مصالحة بينهما وتراض بينهما ولا إشكال في

---

(١) تقدم في صفحة: ١٥٥.

بطلانه(٦٠) كما مر.

(مسألة ١١): إذا خالف العامل فترك ما اشترط عليه من بعض الأعمال فإن لم يفت وقته فللمالك إجباره على العمل (٦١)، وإن لم يمكن فله الفسخ وإن فات وقته فله الفسخ بخيار تخلف الشرط، وهل له ان لا يفسخ ويطالبه بأجرة العمل بالنسبة إلى حصته بمعنى ان يكون مخيراً بين الفسخ وبين المطالبة بالأجرة؟ وجهان، بل قولان أقواهما ذلك (٦٢)

صحة الأقسام الأخيرة، وأما بعنوان المساقاة فهي مبنية على التعميم في المساقاة المعهودة حتى بالنسبة إلى هذه المرتبة وهو مشكل بل خلاف ظواهر الكلمات، وتقدم في الشرط الثامن والمسألة الأولىٰ بعض الكلام فراجع.

(٦٠) أي: من حيث المساقاة وأما بعنوان الإجارة أو التصالح فلا إشكال في الصحة.

(٦١) لأن للمالك ولاية استيفاء حقه بمقتضى القرار المعاملي الحاصل بينهما، ومن لوازم ثبوت هذا الحق ـ ووجوب الوفاء بالعقد ـ صحة الإجبار عند الامتناع مع ترتب أثر على اجباره كما هو المفروض مع بقاء الوقت.

نعم، لو كان تنازع وتخاصم في البين لابد من الرجوع إلى الحاكم الشرعي حينئذٍ فيكون هو المتصدي للإجبار إن تحقق موضوعه لديه، ويأتي بعض الكلام في (مسألة ٢٦) إن شاء الله تعالى.

(٦٢) الشروط ثلاثة أقسام:

الأول: ما كانت له مالية عرفية في ذاته مع قطع النظر عن وقوعه شرطاً بحيث يعاوض بالمال مستقلاً.

الثاني: ما ليس كذلك بحسب المتعارف ولكن يكون في إشتراطه غرض صحيح عقلائي.

الثالث: ما شك في أنه من أيهما، والظاهر تحقق الضمان في الأول،

ودعوى (٦٣) أن الشرط لا يفيد تمليك العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله بل أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل وإجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به، مدفوعة: بالمنع من عدم إفادته التمليك وكونه قيداً في المعاملة لا جزءاً من العوض يقابل بالمال لا ينافي إفادته لملكية من له الشرط (٦٤) إذا كان عملاً من الأعمال على من عليه، والمسألة سيالة في سائر العقود (٦٥) فلو شرط في عقد البيع على المشتري ـ مثلاً ـ خياطة ثوب في وقت معين وفات الوقت فللبائع الفسخ أو المطالبة بأجرة الخياطة، وهكذا.

لفرض كونه مالاً عرفاً ويقابل بالمال عند المتعارف فيكون مثل هذا الشرط من متممات مالية العوضين، وفي الأخيرين لا وجه للضمان للأصل بعد كون وجود مطلق الغرض العقلائي أعم من اعتبار المالية فيه، والظاهر حكم متعارف الناس بالضمان في الأول إذا طلب المشترط له من المشترط عليه العوض لا يلام ولا يوبخ بل يلام مَن خالف ذلك، وبالجملة حق المطالبة للمشروط له ثابت في مخالفة هذا القسم من الشرط.

(٦٣) يظهر ذلك عن جمع ـ منهم صاحب الجواهر ومنهم الماتن في حاشيته على المكاسب ـ وخلاصة الدعوى أن مفاد الشرط ليس إلا الحكم التكليفي فقط دون الوضعي.

والتأمل في الشروط المتعارفة بين الناس وانها تفيد شيء زائداً على الحكم التكليفي يغني في فساد هذه الدعوى، وقد تقدم في مباحث الشروط تفصيل المقام فراجع ولا وجه للاطالة بالتكرار.

(٦٤) لا ريب مثل هذه الشروط من متممات العوض فيتحقق تمليكها بكل ما يتحقق به تمليك نفس العوض عرفاً بالمطابقة بالنسبة إلى نفس العوض، وبالملازمة إلى مثل هذه الشروط فلا محذور من هذه الجهة.

(٦٥) قد تعرضنا لذلك في بحث الشروط كما مر.

(مسألة ١٢): لو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه معه صح(٦٦)، أما لو شرط أن يكون تمام العمل على غلام المالك فهو كما لو شرط أن يكون تمام العمل على المالك، وقد مرّ عدم الخلاف في بطلانه(٦٧) لمنافاته لمقتضى وضع المساقاة، ولو شرط العامل على المالك أن يعمل غلامه في البستان الخاص بالعامل فلا ينبغي الإشكال في صحته (٦٨)، وإن كان ربما يقال بالبطلان (٦٩)، بدعوى أن عمل الغلام في قبال عمل العامل فكأنه صار مساقياً بلا عمل منه، ولا يخفى ما فيها (٧٠)، ولو شرطا أن يعمل غلام المالك للعامل تمام عمل المساقاة بأن يكون عمله له بحيث يكون كأنه هو العامل ففي صحته وجهان، لا يبعد الأول لأن الغلام حينئذٍ كأنه نائب عنه في العمل بإذن المالك، وإن كان لا يخلو عن إشكال (٧١) مع ذلك، ولازم القول بالصحة الصحة في صورة اشتراط تمام

---

(٦٦) للأصل والإطلاق وظهور الاتفاق.

(٦٧) راجع المسألة العاشرة.

(٦٨) لأن عمل غلام العامل كعمل العامل، فالمقتضى للصحة موجود والمانع عنها مفقود.

(٦٩) قاله المحقق في الشرايع ثم تردد فيه.

(٧٠) لما فيها أولاً ان عمل الغلام ملك للعامل فكأنه عمله.

وثانياً: ان مورد البطلان ما إذا كان تمام عمل المساقاة من أولها إلى آخرها عن غير المالك لا ما إذا كان بعض العمل من غيره والمقام من الثاني لا الأول.

(٧١) منشأه أن الحصة انما تقع للعامل حينئذٍ بلا عوض فتخرج عن عنوان المعاوضة فتنقلب حقيقتها إلى سنخ المجانيات.

وفيه: أنه بعد فرض كون الغلام نائباً عن العامل في العمل بإذن المالك فكأن العامل عمل ذلك بنفسه كما هو مقتضى النيابة، وعدم اعتبار المباشرة كما

العمل على المالك بعنوان النيابة عن العامل (٧٢).

(مسألة ١٣): لا يشترط أن يكون العامل في المساقاة مباشراً للعمل بنفسه (٧٣)، فيجوز له أن يستأجر في بعض أعمالها أو في تمامها ويكون عليه الأجرة، ويجوز أن يشترط كون أجرة بعض الأعمال على المالك(٧٤)، والقول بالمنع لا وجه له (٧٥) وكذا يجوز أن يشترط كون الأجرة عليهما معاً (٧٦)،

هو المفروض فيكون كما إذا أستأجر العامل الذي لم تعتبر مباشرته بنفسه لنفسه أولاً فتتحقق المعاوضة بلا إشكال.

(٧٢)) لا بأس به مع تحقق النيابة شرعاً لعمومات أدلتها الشاملة للمقام أيضاً.

(٧٣) للإطلاق والاتفاق والسيرة وأصالة الصحة.

(٧٤) كل ذلك لظهور الاتفاق وعموم أدلة الشرط.

(٧٥) نسب هذا القول إلى الشيخ ﵀، واستدل بأنه مناف لموضوع المساقاة التي هي دفع الأصول من المالك، وفيه أنه مناف لإطلاقها لا لذاتها مع أن دفع الأصول لا ينافي دفع شيء آخر لغرض المساقاة.

(٧٦) لأن المساقاة عبارة عن التعاهد على استثمار الشجر بكل وجه أمكن، ولم يرد نهي شرعي وليس في المقام نهي كذلك فتشمله أدلة المساقاة وأصالة الصحة.

وتوهم عدم إطلاق في أدلة المساقاة حتى يشمل الفرض فيصير حينئذٍ عاملة أخرىٰ لا المساقاة المعهودة.

باطل لأن ظهور إطلاق مثل خبر ابن شعيب[1]، المتقدم يشمل الفرض

---

(١) تقدم في صفحة: ١٥٥.

في ذمتهما أو الأداء من الثمر (٧٧)، وأما لو شرط على المالك أن يكون أجرة تمام الأعمال عليه أو في الثمر ففي صحته وجهان:

أحدهما: الجواز (٧٨) لأن التصدي (٧٩) لاستعمال الأجراء نوع من العمل، وقد تدعو الحاجة إلى من يباشر ذلك لمعرفته بالآحاد من الناس وأمانتهم وعدمها، والمالك ليس له معرفة بذلك.

والثاني: المنع لأنه خلاف وضع المساقاة (٨٠)، والأقوى الأول (٨١) هذا، ولو شرطا كون الأجرة حصة مشاعة من الثمر بطل للجهل بمقدار مال الإجارة فهي باطلة (٨٢).

فراجع أخبار الباب وتأمل.

(٧٧) لعموم دليل الشرط الشامل لكل منها.

(٧٨) سواء كانت الأجرة على العامل ويشترط على المالك وفائها من ماله أو كانت الأجرة على المالك أولاً والعمل المستأجر عليه للعامل، وإطلاق دليل الشرط يشمل كلاً منهما.

(٧٩) خلاصة الدليل أن العامل ليس بمنعزل عن العمل مطلقاً بل يستعمل الأَجراء ويسيطر عليهم، ولا دليل على اعتبار أزيد من هذا المقدار من العمل من العامل في المساقاة.

نعم، لعل الغالب صدور الأزيد ولكنه من باب الغالب لا التقييد.

(٨٠) هذا الدليل عين الدعوى.

نعم، هو خلاف الغالب الواقع منها في الخارج ومخالفة الغالب لا يضر بلا إشكال.

(٨١) لوجود المقتضى للصحة وهو التعاهد على سقي الشجر مع غرض صحيح في البين وفقد المانع من عقل أو نقل فلابد من الصحة.

(٨٢) إن لم يغتفر في المساقاة هذا المقدار من الجهالة واثبات عدم

(مسألة ١٤): إذا شرطا إنفراد أحدهما بالثمر بطل العقد (٨٣) وكان جميعه للمالك (٨٤)، وحينئذٍ فإن شرطا إنفراد العامل به استحق أجرة المثل لعمله (٨٥)، وإن شرطا إنفراد المالك به لم يستحق العامل شيئاً لأنه حينئذ متبرع بعمله (٨٦).

الاغتفار بهذا المقدار مشكل بل ممنوع ـ خصوصاً عند الخبراء بالأثمار وكيفية نشوها ونموها ـ ومخالف لتصريحاتهم بأنه يغتفر في المساقاة ما لم يغتفر في غيرها من الجهالة فلا يكون الشرط باطلاً ولا أصل المساقاة.

(٨٣) أما بطلان أصل المساقاة فلتقومها بكون الثمر بينهما فيكون الشرط خلاف وضعها.

وأما بطلان أصل العقد مطلقاً فلا دليل عليه فيكون عنواناً آخر غير المساقاة وتشمله العمومات فتصح.

(٨٤) لقاعدة «التبعية» من غير معارض في البين.

(٨٥) لقاعدة «أن الاستيفاء موجب للضمان» إلا مع الدليل على الخلاف وهو مفقود في المقام.

(٨٦) لأن شرط إنفراد المالك بالثمر قصد للتبرع بالعمل بالملازمة العرفية فالتبرع هنا قصدي ضمني، فلا وجه لإشكال صاحب الجواهر في عدم تحقق التبرع، فأنه إن أراد نفيه أصلاً ولو كان بالدلالة الضمنية والملازمة العرفية فهو خلاف المحاورات العرفية، وإن أراد نفي الدلالة المطابقية عليه فله وجه، ولكنه لا أثر له بعد اعتبار الدلالة الملازمية والسياقية في المحاورات.

كما لا وجه لجريان قاعدة: «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» لأن مورد القاعدة غير المجانيات والتبرعيات.

نعم، يجري عكس القاعدة وهي قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» فإن مورد العكس إنما هو التبرعيات.

(مسألة ١٥): إذا اشتمل البستان على أنواع ـ كالنخل والكرم والرمان ونحوها من أنواع الفواكه ـ فالظاهر عدم اعتبار العلم بمقدار كل واحد(٨٧) فيجوز المساقاة عليها بالنصف أو الثلث أو نحوهما وإن لم يعلم عدد كل نوع إلا إذا كان الجهل بها موجباً للغرر (٨٨).

(مسألة ١٦): يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر كأن يجعل النخل بالنصف والكرم بالثلث والرمان بالربع مثلاً وهكذا(٨٩)، واشترط بعضهم (٩٠) في هذه الصورة العلم بمقدار كل نوع،

---

(٨٧) للأصل والإطلاق وظهور الاتفاق والسيرة في الجملة.

(٨٨) غرراً لا تتحمله المساقاة المبنية عليه في الجملة كما هو المتسالم عليه بين الأصحاب، وتقتضيه السيرة المستمرة بين أهل السقي والملاك.

(٨٩) لظهور اتفاق الأصحاب، وإطلاق ما مر من صحيح ابن شعيب[1]، بعد حمل ما ورد فيه على المثال والغالب ويصح دعوى القطع بعدم الفرق بين هذا وبين ما إذا كانت الحصة مشاعة في المجموع بحسب مرتكزات ملاك البساتين وعمالها.

نعم، دعوى القطع لا ريب في كون اشاعة الحصة في المجموع أسهل وأيسر غالباً وذلك لا يوجب تخصيص الصحة بهذا القسم.

(٩٠) أصل الشرط في الجملة مسلم بين الكل في صورتي اتحاد الحصة وتعددها كما أن أصل وجود الغرر في الجملة في الصورتين واغتفاره مسلم أيضاً.

نعم، في صورة التعدد يكون الغرر موزعاً على الحصص فينسبق إلى الذهن انه أكثر مما إذا اتحدت الحصصة، ولكن إذا لوحظت الحصص من حيث

---

(١) تقدم في صفحة: ١٥٥.

ولكن الفرق بين هذه وصورة إتحاد الحصة في الجميع غير واضح (٩١)، والأقوى الصحة مع عدم الغرر (٩٢) في الموضعين والبطلان معه فيهما.

(مسألة ١٧): لو ساقاه بالنصف مثلاً إن سقي بالسيح ففي صحته قولان (٩٣)، أقواهما الصحة لعدم إضرار مثل هذه الجهالة لعدم إيجابها الغرر مع أن بناءها على تحمله خصوصاً على القول بصحة مثله في الإجارة كما إذا قال إن خطت رومياً فبدرهمين وإن خطت فارسياً فبدرهم (٩٤).

المجموع فلا يكون فرق بين الصورتين حينئذٍ.

(٩١) بل لا فرق بينهما إلا لحاظ الحصة بوجودها الجمعي تارة وبوجودها التفريقي أُخرى، وكذا بالنسبة إلى لحاظ الغرر وهذا لا يوجب فرقاً لا في الموضوع ولا في الحكم وانما هو فرق اعتباري لا أثر له في الخارج.

(٩٢) غرراً غير مغتفر في المساقاة كما مر سابقاً، ووجه الصحة وجود المقتضى لها وفقد المانع عنها فلابد من الصحة وشمول الأدلة، وأما البطلان مع الغرر غير المغفتر فوجهه واضح.

(٩٣) نسب البطلان إلى جمع بل إلى الأشهر وتردد فيه المحقق في الشرايع، ولا مدرك له إلا دعوى تحقق الغرر والجهالة فيبطل من هذه الجهة فالنزاع في مثل هذه المسألة صغروية فمن يستظهر الغرر يقول بالبطلان ومن يستظهر عدمه يقول بالصحة، والمرجع في تشخيصه العرف والظاهر انه لا يحكم بالجهالة لا في المقام المبنى على الجهالة في الجملة ولا في مثل الإجارة، ويمكن الاختلاف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص، ومع الشك في صدق الغرر والجهالة فمقتضى أصالة الصحة والإطلاقات والعمومات الصحة بعد صدق المساقاة عرفاً.

نعم، مع عدم الصدق العرفي تجري أصالة عدم ترتب الأثر.

(٩٤) فقد اختلفوا في الصحة والفساد فيه بين العامة والخاصة ومنشأ

(مسألة ١٨): يجوز أن يشترط أحدهما على الآخر شيئاً من ذهب أو فضة أو غيرهما (٩٥)، مضافاً إلى الحصة من الفائدة، والمشهور كراهة اشتراط المالك على العامل شيئاً من ذهب أو فضة، ومستندهم في الكراهة غير واضح (٩٦).

كما أنه لم يتضح اختصاص الكراهة بهذه الصورة (٩٧)، أو جريانها بالعكس أيضاً، وكذا اختصاصها بالذهب والفضة أو جريانها في مطلق الضميمة، والأمر سهل (٩٨).

(مسألة ١٩): في صورة اشتراط شيء من الذهب والفضة أو غيرهما

الاختلاف تحقق الغرر وعدمه، ويمكن فرض عدمه في سنخ هذه المعاملات إذا كان كل واحد من الفرضين معلوماً عند المتعارف وكان المورد في معرض التعيين عرفاً فلا مانع من الصحة حينئذٍ لا من جهة الغرر ولا من جهة أخرى.

وتوهم أن المردد لا وجود له في الخارج والتمليك والتملك عرض لابد له من وجود موضوع خارجي.

فاسد: لأنه خلط بين الأمور الحقيقية والأمور الاعتبارية فالتمليك والتملك بما جعلاه مورداً لهما في الاعتبار لا بحسب الوجود الخارجي حتى يقال انه لا وجود لهما في الخارج فيكون التمليك والتملك بلا موضوع.

(٩٥) لظهور الاتفاق، مضافاً إلى إطلاق أدلة الشروط إلا ما خرج بالدليل، ولا دليل على الخروج في المقام.

(٩٦) لا دليل لهم عليها إلا إرسالها إرسال المسلمات في جملة من الكتب، ودعوى الإجماع عليها كما عن بعض.

(٩٧) حيث أن مستندهم فيها خصوص دعوى الإجماع فلابد من الاقتصار على مورده والمتيقن منه وهو الاختصاص بهذه الصورة فقط.

(٩٨) لتحمل الكراهة من المسامحة في دليلها ما لا يتحملها غيرها فتصح

على احدهما إذا تلف بعض الثمرة هل ينقص منهما شيء أو لا؟ وجهان(٩٩).

أقواهما العدم (١٠٠) فليس قرارهما مشروطاً بالسلامة.

نعم، لو تلفت الثمرة بجميعها او لم تخرج أصلاً ففي سقوط الضميمة وعدمه اقوال (١٠١).

دعوى الكراهة بقول فقيه معتمد به فضلاً عن قول جمع أو دعوى الإجماع عليها.

(٩٩) مبناهما انحلال العقد بالنسبة إلى أجزاء العوضين وعدمه وعلى الأول فهل الشرط ينحل أيضاً بالنسبة إليهما أو لا؟.

أما انحلال العقد بالنسبة إلى العوضين فيقتضيه المرتكزات العرفية وبناء الأصحاب في جملة من الموارد كبيع ما يملك وما لا يملك.

وأما انحلال الشرط فمقتضى الأصل عدمه والظاهر عدم ارتكاز في البين على الانحلال.

إن قيل: ان الشرط ملحوظ من متممات العوضين فيجري فيه ما يجري فيهما.

يقال: اللحاظ صحيح في الجملة لا من كل جهة ويكفي الشك في التعميم في عدمه فيرجع إلى أصالة عدم الانحلال حينئذٍ لأنه قيد حاصل مشكوك لم يدل عليه دليل.

نعم لو استفيد من القرائن المعتبرة الداخلية أو الخارجية تبعية الشرط حتى من هذه الجهة يجري الانحلال فيه، ويمكن أن يجعل هذا النزاع بينهم لفظياً.

(١٠٠) ظهر مما مر أنه لاكلية في ذلك بل تدور مدار القرائن والاستظهارات الداخلية والخارجية، وتجري في مورد الشك أصالة عدم الانحلال.

(١٠١) أما السقوط فادعى الإجماع عليه، وأما عدم السقوط فلم نظفر على

ثالثها الفرق (١٠٢) بين ما إذا كانت للمالك على العامل فتسقط وبين العكس فلا تسقط.

رابعها الفرق (١٠٣) بين صورة عدم الخروج أصلاً فتسقط وصورة التلف فلا، والأقوى عدم السقوط مطلقاً (١٠٤). لكونه شرطاً في عقد لازم

قائله فيما تفحصت عاجلاً.

(١٠٢) يظهر ذلك من المسالك.

(١٠٣) اختاره بعض مشائخنا ﷺ في حاشيته الشريفة على الكتاب، وهو صحيح فيما إذا كانت قرينة على هذا التفريق في البين من ارتكاز عرفي أو تعارف خارجي أو نحو ذلك.

(١٠٤) البحث فيه ..

تارة: بحسب الأصل العملي.

وأخرى: بحسب العمومات والإطلاقات.

وثالثة: بحسب الارتكازات.

ورابعة: بحسب الكلمات.

أما الأولى: فمقتضاه عدم السقوط لأنه أنشأ صحيحاً فتجري استصحاب الصحة بل اللزوم.

وأما الثانية: فمقتضاهما ذلك أيضاً لو جرت، ولكن الشأن في الجريان لأن بناء القرارات المعاملية في مثل هذه الشروط انما هو الإلتزام بها في ظرف تحقق العوضين واقعاً، فحقيقة هذه الشروط في حاق الواقع تكون هكذا وإن كانت التزاماً في الالتزام بحسب مقام الانشاء، ولكن تكون مقيدة بمثل نتيجة التقييد اللبي بالسلامة بحسب الارتكاز النفسي الأمري فمثل هذه الشروط تكون مشروط بالسلامة بنحو الشرط الضمني الارتكازي، وحينئذٍ لا يصح التمسك بالإطلاق والعموم والشك في الجريان يكفي في عدم الجريان ومنه يظهر

فيجب الوفاء به (١٠٥)، ودعوى (١٠٦) أن عدم الخروج أو التلف كاشف عن عدم صحة المعاملة من الأول لعدم ما يكون مقابلاً للعمل أما في صورة كون الضميمة للمالك فواضح، وأما مع كونها للعامل فلأن الفائدة ركن في المساقاة فمع عدمها لا يكون شيء في مقابل العمل والضميمة المشروطة لا تكفي في العوضية (١٠٧) فتكون المعاملة باطلة من الأول ومعه لا يبقى وجوب الوفاء بالشرط مدفوعة ـ مضافاً إلى عدم تماميته بالنسبة إلى صورة التلف لحصول العوض بظهور الثمرة (١٠٨) وملكيتها وإن تلف بعد ذلك ـ بأنا نمنع كون المساقاة معاوضة بين حصة من الفائدة والعمل بل حقيقتها(١٠٩)

البحث في الجهة الثالثة.

وأما الرابعة: فلم نظفر على قائل بعدم السقوط مطلقاً.

(١٠٥) لولا التقييد اللبي بالسلامة والشرط الضمني المعاملي بها.

(١٠٦) نسب ذلك إلى المحقق الثاني في جامعه.

(١٠٧) لفرض أنها شرط خارجي لا أن يكون من المقوم الداخلي.

(١٠٨) إن كان لنفس ظهور الثمرة موضوعية خاصة في تحقق المساقاة فله وجه، ولكن الظاهر بين أهل السقي انه طريق لتحقق النتيجة واستيفائها، ويدل على ذلك ظواهر الأدلة أيضاً.

(١٠٩) هذا أول الدعوى وعين المدعى، مع أنه مخالف لما مر منه رحمه الله في أول المساقاة ومخالف لظواهر الأدلة وكلمات الفقهاء، بل والارتكازات العرفية في مثل هذه المعاوضة بين العمل والحصة وجداناً مع أنه على تعبيره قدس سره تكون إيقاعاً لا عقداً ولا يقول به أحد، بل أصل الشرط حينئذٍ يصير لغواً لظهور إجماعهم على عدم تدخل الشروط في الإيقاعات إلا ما خرج بالدليل كالنذر مثلاً.

تسليط من المالك للعامل على الأصول للاستنماء له (١١٠) وللمالك ويكفيه احتمال الثمر وكونها في معرض ذلك، ولذا لا يستحق العامل أجرة عمله (١١١) إذا لم يخرج أو خرج وتلف بآفة سماوية أو أرضية في غير صورة ضم الضميمة بدعوى الكشف عن بطلانها من الأول واحترام عمل المسلم، فهي نظير المضاربة حيث إنها أيضاً تسليط على الدرهم أو الدينار للاسترباح له وللعامل، وكونها جائزة دون المساقاة لا يكفي في الفرق، كما أن ما ذكره في الجواهر من الفرق بينهما بأن في المساقاة يقصد المعاوضة بخلاف المضاربة التي يراد منها الحصة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل وأما المساقاة فيعتبر فيها الطمأنينة بحصول الثمرة ولا يكفي الاحتمال، مجرد دعوى لا بينة لها (١١٢)، ودعوى أن من المعلوم أنه لو علم من أول الأمر عدم خروج الثمر لا يصح المساقاة ولازمه البطلان إذا لم يعلم بذلك ثم انشكف بعد ذلك، مدفوعة بأن الوجه في عدم الصحة كون

---

(١١٠) إن كان المراد بهذه العبارة انها معاوضة فهو مخالف لما يظهر من صدر كلامه، وإن كان مراده أن هذا داع وتخلفه لا يضر فهو مخالف لظواهر الكلمات الدالة على كونها معاوضة.

(١١١) لا ربط لسقوط أجرة العمل بالمقام لأنه لقاعدة الاقدام على العمل بأزاء الحصة الحاصلة إقدام على عدم الأجرة واسقاط احترام العمل على تقدير عدم حصولها.

(١١٢) الظاهر أن البينة هي الوجدان؛ لوجدان كل عاقل بأنه لا يقدم على عقد إلا مع الطمأنينة العرفية بحصول نتيجة العقد فهما وغيرهما من سائر العقود متحدة من هذه الجهة.

نعم، مراتب الطمأنينة مختلفة كما أن مراتب العمل تكون كذلك شدة وضعفاً فالعمل في المساقاة كثير وفي مثل المضاربة قليل في الجملة.

المعاملة سفهية مع العلم بعدم الخروج من الأول (١١٣). بخلاف المفروض، فالأقوى ما ذكرنا (١١٤) من الصحة ولزوم الوفاء بالشرط وهو تسليم الضميمة، وإن لم يخرج شيء أو تلف بالآفة.

نعم، لو تبين عدم قابلية الأصول للثمر إما ليبسها أو لطول عمرها أو نحو ذلك كشف عن بطلان المعاملة من الأول (١١٥)، ومعه يمكن استحقاق العامل للأجرة إذا كان جاهلاً بالحال (١١٦).

(مسألة ٢٠): لو جعل المالك للعامل مع الحصة من الفائدة ملك حصة من الأصول مشاعاً أو مفروزاً ففي صحته مطلقاً (١١٧)، أو عدمها

---

(١١٣) بطلان المساقاة حينئذٍ واضح على المشهور، وأما بطلان كونه عقد آخر مع غرض عقلائي في البين فلا دليل عليه، بل بطلان المساقاة أيضاً مع ترتب غرض عقلائي على هذا العمل ـ من حيث سقي الاشجار وما يتعلق بها ـ أول الكلام لأن خروج الثمر من أحدى الفوائد وأهمها لا أن تكون منحصرة فيها.

(١١٤) بل الأقوى ما قدمناه.

(١١٥) يجري فيه ما تقدم في صورة العلم بعدم الخروج من الأول.

(١١٦) المناط صدق التبرع وصدق عدمه فمع صدقه لا يستحق ومع صدق عدمه يستحق، ومع الشك تجري أصالة احترام العمل.

والحق: إن تعرض الفقهاء لهذه الفروع لابد وأن يكون بعد الرجوع إلى أهل الخبرة بهذه الأمور وكيفية جعلهم وإقدامهم على هذه المعاملة، فربما ينكشف لديهم من مراجعتهم أمور حكموا بصحتها وهي باطلة لديهم ولا يقدمون عليه أو حكموا ببطلانها بحسب ما وصل إلى أنظارهم وهي صحيحة لديهم فتشمله الإطلاقات والعمومات حينئذٍ مع عدم نهي خاص في البين، وقد أثبتوا أن هذا هو المناط في التمسك بالإطلاقات والعمومات في المعاملات.

(١١٧) لم نظفر على قائل بها كذلك كما أعترف به جمع من الفقهاء ولم

كذلك (١١٨)، أو التفصيل (١١٩) بين أن يكون ذلك بنحو الشرط فيصح أو على وجه الجزئية فلا، أقوال.

والأقوى الأول للعمومات (١٢٠)، ودعوى: ان ذلك على خلاف

نجد قائلاً بالصحة ولو بنحو الأقرب كما عن بعض.

(١١٨) نسبه في الجواهر إلى الأكثر؛ وفي مفتاح الكرامة وعن الرياض دعوى عدم مخالف لعدم الصحة.

(١١٩) جعله في الجواهر موافقاً للتحقيق.

ثم أن الفرق بين الشرطية والجزئية إن كان بمجرد الاعتبار فلا بأس به، وإن كان من حيث ترتب الأثر فلا فرق بينهما من هذه الجهة خصوصاً بناء على أفادة الشرط للملك، هذا إذا كان لحاظ الجزئية والشرطية بالجعل الثانوي كما في المقام.

نعم، لو كانت الجزئية بالجعل الأولي فالفرق بينهما وبين الشرط واضح كما لا يخفى.

(١٢٠) يصح التمسك بعمومات ما ورد في المساقاة كما مر من صحيح ابن شعيب[١]، وتوهم عدم كونه وارداً مورد البيان ساقط لأن ظاهر الإطلاق حجة مطلقاً في جميع أطواره وشؤونه إلا مع القرينة على الخلاف، كما يصح التمسك بعموم قوله تعالى: **﴿أوفوا بالعقود﴾**[٢]، ومع قصد المساقاة ينطبق عليها قهراً لو لم يكن مانع في البين ومقتضى الأصل عدمه.

إن قيل: مقتضى الأصل عدم ترتب الأثر.

يقال: أنه صحيح إذا لم تصدق المساقاة عرفاً وأما مع صدقها فالأدلة تشمله ولا تصل النوبة إلى الأصل.

---

(١) تقدم في صفحة: ١٥٥.

(٢) سورة المائدة: ١.

وضع المساقاة كما ترى (١٢١)، كدعوى ان مقتضاها أن يكون العمل في ملك المالك، إذ هو أول الدعوى (١٢٢)، والقول بأنه لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه، فيه أنه لا مانع منه إذا كان المشارط فيه غرض أو فائدة (١٢٣) كما في المقام حيث إن تلك الأصول وإن لم يكن للمالك الشارط إلا أن عمل العامل فيها ينفعه في حصول حصة من نمائها، ودعوى أنه إذا كانت تلك الأصول للعامل بمقتضى الشرط فاللازم تبعية نمائها لها(١٢٤) مدفوعة بمنعها بعد ان كان المشروط له الأصل فقط (١٢٥) في عرض تملك حصة من نماء الجميع.

نعم لو اشترط كونها له على وجه يكون نماؤها له بتمامها كان كذلك(١٢٦) لكن عليه تكون تلك الأصول بمنزلة المستثنى من

---

(١٢١) فإن ذلك خلاف إطلاق غالبها لا خلاف ذاتها وطبيعي المساقاة أينما تحققت.

(١٢٢) وعلى فرض صحة الدعوى فهو أيضاً من باب الغالب لا طبيعي ذات المساقاة بحيث يصدق على كون العمل في الجملة في ملك المالك أيضاً.

(١٢٣) لأن المعاملات والشروط مطلقاً تدور مدار الأغراض الصحيحة العقلائية الغير المنهي عنها، ولا ريب في ثبوت الغرض الصحيح في المقام كما بينه تَلِيَّ.

(١٢٤) لقاعدة «تبعية النماء للملك» فيكون النماء للعامل وليس للمالك منه شيء.

(١٢٥) فلا تشمل القاعدة للمقام للتخصيص وكل قاعدة قابلة للتخصيص كما هو معلوم.

(١٢٦) أي. أنه يصير حينئذٍ من اشتراط عمل العامل في ملك نفسه ولا يصح حينئذٍ لكنه فيما إذا لم يكن غرض عقلائي في مثل هذا النحو من

العمل(١٢٧) فيكون العمل فيما عداها مما هو للمالك بإزاء الحصة من نمائه مع نفس تلك الأصول.

(مسألة ٢١): إذا تبين في أثناء المدة عدم خروج الثمر أصلاً هل يجب على العامل إتمام السقي؟ قولان، أقواهما العدم (١٢٨).

(مسألة ٢٢): يجوز أن يستأجر المالك أجيراً للعمل مع تعيينه نوعاً ومقداراً بحصة من الثمرة أو بتمامها بعد الظهور وبدوّ الصلاح (١٢٩)، بل وكذا قبل البدوّ (١٣٠) بل قبل الظهور أيضاً إذا كان مع الضميمة الموجودة أو عامين (١٣١)، وأما قبل الظهور عاماً واحداً بلا ضميمة فالظاهر عدم

الشرط وإلا فيصح.

(١٢٧) فكأنه ينحل هذا العقد إلى هبة تلك الأصول للعامل وإلى المساقاة في غيرها ولا إشكال فيه لشمول العمومات والإطلاقات له.

والحاصل: من جميع ما مر أنه مع انطباق عنوان المساقاة على ما ذكر تصح وتشمله الأدلة ومع عدم الانطباق أو الشك فيه لا يصح بعنوان المساقاة ويصح بعنوان التصالح والتراضي.

(١٢٨) الظاهر اختلاف ذلك باختلاف الأغراض فمع بقاء غرض صحيح للسقي يجب ومع عدمه لا يجب لانفساخ العقد حينئذٍ، وهذا مما يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة وسائر الجهات والخصوصيات، وبذلك يمكن أن يجعل النزاع بينهم لفظياً.

(١٢٩) لظهور الإطلاق والاتفاق.

(١٣٠) أي بعد الظهور وقبل بدو الصلاح وذلك لشمول العمومات والإطلاقات لهذه الصورة أيضاً بعد فرض كونه متمولاً وقابلاً للبقاء إلى الكمال والإستكمال.

(١٣١) لوجود المقتضي ـ وهي المالية العرفية وإقدام العقلاء عليه ـ وفقد

جوازه، لا لعدم معقولية تمليك ما ليس بموجود، لأنا نمنع عدم المعقولية بعد اعتبار العقلاء وجوده لوجوده المستقبلي، ولذا يصح مع الضميمة أو عامين حيث إنهم اتفقوا عليه في بيع الثمار وصرح به جماعة هـهنا، بـل لظهور اتفاقهم على عدم الجواز كما هو كذلك في بيع الثمار، ووجه المنع هناك خصوص الأخبار الدالة عليه، وظاهرها أن وجه المنع الغرر لا عدم معقولية تعلق الملكية بالمعدوم، ولولا ظهور الإجماع (١٣٢) في المـقام لقلنا بالجواز مع الاطمئنان بالخروج بعد ذلك كما يجوز بيع ما في الذمة مع عدم كون العين موجوداً فعلاً عند ذيها بل وإن لم يكن في الخارج أصلاً، والحاصل أن الوجود الاعتباري (١٣٣) يكفي في صحة تعلق الملكية فكأن العين موجودة في عهدة الشجر كما أنها موجودة في عهدة الشخص.

المانع وهو الغرر، مع أنه يصح نصاً[١]، وإجماعاً في البيع وهو أولى بملاحظة عدم الغرر فيه فيستأنس منه للمقام أيضاً وليس ذلك من القياس الباطل بل من الاستيناس بمورد النص فيما لم يرد فيه نص مع فرض تمامية الدليل عليه.

(١٣٢) وعدم كونه حاصلاً مما ارتكز في أذهانهم الشريفة من احـتمال الغرر.

(١٣٣) لأن الملكية والتمليك والتملك من الأمور الاعتبارية العرفية النظامية فكل ما صح اعتباره عرفاً ولم يرد نص على خلافه يعتبر شرعاً أيـضاً لابـتناء الشرع فيها على العرفيات إلا مع التصريح بالخلاف.

وبعبارة أوضح: الشجرة مال فعلي وهي منشأ لاعتبار مال عرفي فـعلي والعقلاء يرتبون عليه الأثر، ولم يرد نهي شرعي في البين فتكون الشجرة كمادة لمال يخرج بالتدريج.

---

(١) راجع ج: ١٨ صفحة: ٥٨.

(مسألة ٢٣): كل موضع بطل فيه عقد المساقاة يكون الثمر للمالك وللعامل أجرة المثل لعمله (١٣٤)، إلا إذا كان عالماً بالبطلان (١٣٥) ومع ذلك أقدم على العمل، أو كان الفساد لأجل اشتراط كون جميع الفائدة للمالك (١٣٦) حيث إنه بمنزلة المتبرع في هاتين الصورتين فلا يستحق أجرة المثل على الأقوى وإن كان عمله بعنوان المساقاة (١٣٧).

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط مساقاة في عقد مساقاة (١٣٨) كأن يقول: «ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك على هذا الآخر بالثلث» والقول بعدم الصحة (١٣٩) لأنه كالبيعين في بيع المنهي

---

(١٣٤) أما الأول فلقاعدة التبعية وأما الثاني فلقاعدة احترام العمل.

(١٣٥) العلم بالبطلان أعم من قصد المجانية وصدقها عرفاً، فليس في البين مجانية ـ لا قصدية ولا انطباقية قهرية ـ حتى يسقط احترام العمل كما في جميع المعاملات الفاسدة الواقعة بين الناس إذ لا يتوهمون فيها صدق عنوان المجانية، ولذا يجري فيها أدلة الضمان كما هو واضح معلوم، ومنه يظهر انه لا وجه في المقام لتطويل الكلام بأكثر مما ذكرنا.

(١٣٦) مع قصد المجانية للعمل أو صدقها عليه عرفاً، وإلا فهو أعم من التبرع بالعمل وكونه مجانياً فيستحق الأجرة مطلقاً ما لم يعلم المجانية المحضة.

(١٣٧) قد عرفت أن المناط قصد المجانية أو صدقها عرفاً بلا شك وتردد منهم فيها فتترتب أحكامها بعد تحقق المجانية عرفاً لتحقق الموضوع حينئذٍ بلا كلام، والمفروض في المقام عدم قصد المجانية ولا انطباقها عليه عرفاً غاية الأمر أنه قصد المعاملة الفاسدة.

(١٣٨) لأصالة الصحة، والإطلاق، وظهور الاتفاق وعموم أدلة الشرط فالعرف والشرع والعقل لا يأباه.

(١٣٩) نسب ذلك إلى مبسوط الشيخ رحمه الله.

عنه(١٤٠)، ضعيف (١٤١) لمنع كونه من هذا القبيل، فإن المنهي عنه البيع حالاً بكذا ومؤجلاً بكذا أو البيع على تقدير كذا بكذا وعلى تقدير آخر بكذا، والمقام نظير أن يقول: «بعتك داري بكذا على ان ابيعك بستاني بكذا»، ولا مانع منه لأنه شرط مشروع في ضمن العقد (١٤٢).

(مسألة ٢٥): يجوز تعدد العامل (١٤٣) كأن يساقي مع اثنين بالنصف له والنصف لهما مع تعيين عمل كل منهما بينهم أو فيما بينهما وتعيين حصة كل منهما (١٤٤).

وكذا يجوز تعدد المالك (١٤٥) وإتحاد العامل كما إذا كان البستان مشتركاً بين اثنين فقالا لواحد ساقيناك على هذا البستان بكذا، وحينئذ فإن كانت الحصة المعينة للعامل منهما سواء كالنصف أو الثلث ـ مثلاً ـ صح

---

(١٤٠) فعن الصادق عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال: «ونهى عن بيعين في بيع»(١)، وفي رواية أخرى: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع؛ وعن بيعين في بيع»(٢).

(١٤١) بل قياس لا وجه له فأين البيع وأين المساقاة، مع أن الحديث مجمل احتمل فيه وجوه فراجع المطولات.

(١٤٢) فيشمله إطلاق أدلة الشروط وعمومها.

(١٤٣) للإطلاق وظهور الاتفاق والسيرة.

(١٤٤) لئلا يلزم الغرر الموجب للبطلان.

(١٤٥) لظهور الاتفاق والسيرة في الجملة، بل والإطلاق بعد حمل ما يستفاد من الأخبار من المالك الواحد على المثال لا الخصوصية.

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب عقد البيع حديث: ١٢.

(٢) الوافي الجزء: ٣ الصفحة: ٩٥.

وإن لم يعلم العامل (١٤٦) كيفية شركتهما وأنهما بالنصف أو غيره، وإن لم يكن سواء كان يكون في حصة أحدهما بالنصف وفي حصة الآخر بالثلث ـ مثلاً ـ فلابد من علمه بمقدار حصة كل منهما لرفع الغرر والجهالة (١٤٧) في مقدار حصته من الثمر.

(مسألة ٢٦): إذا ترك العامل العمل بعد إجراء العقد ابتداءاً أو في الأثناء فالظاهر أن المالك مخير بين الفسخ أو الرجوع إلى الحاكم الشرعي(١٤٨) فيجبره على العمل، وإن لم يمكن استأجر من ماله من يعمل عنه أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمر فيؤديها منه أو يستقرض عليه

---

(١٤٦) لفرض أن العامل يعلم بمقدار حصته وهو يكفي في رفع الغرر المعاملي عرفاً سواء علم كيفية شركتهما أو لا.

(١٤٧) إن كان هناك غرر وجهالة وتوقف رفعهما على العلم بمقدار حصتهما وإلا فلا يحتاج إلى ذلك كما في الصورة الأولى.

(١٤٨) البحث فيه من جهات: ..

فتارة: من حيث حكم الفسخ.

وأخرى: من حيث أنه أي خيار من الخيارات المعهودة؟

وثالثة: في أنه ثابت مطلقاً أو بعد عدم امكان الاجبار.

ورابعة: من حيث الرجوع إلى الحاكم الشرعي.

أما الأولى: فمقتضى الأصل عدم أثر للفسخ إلا برضاء الطرفين، وهو مقتضى أصالة اللزوم أيضاً إلا أن تنطبق عليه أحدى الخيارات المعهودة.

وأما الثانية: فلا يبعد انطباق خيار تخلف الشرط الضمني البنائي العقلائي، لأن بناء متعارف العقلاء في هذه الأمور على الالتزام بذلك ضمناً وتبانيهما في القرار المعاملي عليه فيكون كالشرط المذكور في العقد في أن تخلفه يوجب الخيار.

ويستأجر من يعمل عنه (١٤٩)، وإن تعذر الرجوع إلى الحاكم أو تعسر

وأما الثالثة: فمقتضى أصالة اللزوم، وإن لكل ذي حق احقاق حقه، وصحة قيام المؤمنين بالأمور الحسبية في الجملة صحة الاجبار منه ومع عدم الإمكان أو عدم الأثر له يتحقق الخيار.

إن قيل: فعلى هذا يجوز الإجبار في كل خيار قبل إعماله مع أنهم لا يقولون به.

يقال: نعم، ولكن إطلاق أدلة الخيارات يدفع هذا الإحتمال لو كان الإطلاق وارداً مورد البيان حتى من هذه الجهة، مع أنه قد تقدم في خيار الشرط صحة الإجبار، وفي أحكام الخيارات بعض ما يتعلق به.

وأما الرابعة: فإن قلنا بجواز تصدي المؤمنين لمثل ذلك من الأمور الحسبية ولو مع التمكن من الحاكم الشرعي خصوصاً لذي الحق فلا تصل النوبة إليه، وإن قلنا بتوقفه مطلقاً على نظره وتصديه؛ فليس لذى الحق ولاية الإجبار ولابد من الرجوع إلى الحاكم الشرعي؟.

والحق فيه التفصيل فإن كان المورد مورداً للنزاع والخصومة فلابد من الرجوع إليه، وإن أمكن ذلك عرفاً بلا منازعة وخصومة يجوز له ذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «كل معروف صدقة»[1]، وعموم أدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(١٤٩) لأن كل ذلك من الأمور الحسبية والنظامية التي لابد لحكام الشرع القيام بها والترتيب، بينما ذكر إنما هو بحسب خصوصيات حال الشخص الغير المضبوطة تحت ضابطة كلية، وأنما هي قضايا شخصية في وقايع خاصة منوطة بنظر الحاكم ونقطع برضاء الشارع بتدخل حكام الشرع لمثل هذه الأمور، فلا وجه لتوهم أنه لم يثبت أن الاستيجار والاستقراض من وظائف القاضي لأن

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب فعل المعروف حديث: ٥.

فيقوم بالأمور المذكورة عدول المؤمنين (١٥٠)، بل لا يبعد جواز إجباره

الاصطلاح بين الناس وتمشية أمورهم بما لم ينه عنه الشارع من أهم وظائفه فهو منصوب للقيام بمصالح الناس مباحة كانت أو راجحة، ولا ريب في أن هذه كلها من المصالح بالمعنى الأعم وقد نصب لذلك.

(١٥٠) لأن كل ذلك من الأمور الحسبية عند المتشرعة، فيشمله إطلاق مثل قولهم عليه السلام: «الله في عون المؤمن ما كان المؤمن في عون أخيه»[1]، وكثرة ما ورد في الترغيب في السعي لقضاء حوائج لناس.

وكون تصديهم في طول تصدي الحاكم الشرعي لا دليل عليه بعد كونه على طبق الموازين الشرعية، ولو بتقليد مَن يصح تقليده وعدم محذور شرعي في البين.

وتوهم أصالة عدم الولاية إلا بعد عدم التمكن من الوصول إلى الحاكم الشرعي.

فاسد: إذ ليس نحو ذلك من الولاية وإنما هو سعي في قضاء الحاجة المطلوب بفطرة العقلاء ولو سمي مثل ذلك ولاية فلا مشاحة في الاصطلاح.

وتوهم: انه مع إمكان تدارك ضرره بالخيار فلا وجه لتدخل عدول المؤمنين .

مدفوع: بأن مقتضى المرتكزات ترتب الخيار على عدم التمكن من وصوله إلى حقه خصوصاً مع سهولته ولو بتدخل عدول المؤمنين يمكنه ذلك.

ثم أنه يكفي الوثوق والخبروية في التدخل بالموازين الشرعية ولا دليل على اعتبار العدالة الاصطلاحية في مثل ذلك وقال في الجواهر ونِعَم ما قال: «وقد ذكرنا في غير المقام امكان ثبوت هذه الولاية التي هي من الحسبة والإحسان لفساق المؤمنين مع تعذر العدل»، فالخير والإحسان وإقامة العدل في

---

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب فعل المعروف حديث: ٢.

بنفسه أو المقاصة من ماله أو استئجار المالك عنه ثم الرجوع عليه أو نحو ذلك (١٥١).

وقد يقال (١٥٢) بعدم جواز الفسخ إلا بعد تعذر الإجبار وإن اللازم كون الإجبار من الحاكم مع إمكانه، وهو أحوط (١٥٣) وإن كان الأقوى التخيير بين الأمور المذكورة (١٥٤)، هذا إذا لم يكن مقيداً بالمباشرة،

بني الإنسان من شؤون الحقوق الإنسانية بعضهم على بعض يحكم بحسنه ولزومه الفطرة وذكر العدالة في كلمات الفقهاء طريقي لاتقان العمل واتيانه على طبق الموازين الشرعية لا أن يكون لها نحو من الموضوعية.

(١٥١) كل ذلك لأن لذى الحق إحقاق حقه بما لم يرد فيه نهي شرعي بعد امتناع مَن عليه الحق عن الوفاء ولم يرد نهي شرعي عما ذكر، بل مقتضى ما ورد في جواز دفاع الشخص عن نفسه وعرضه وماله وما ورد من أن: «ليّ الواجد بالدين يحل عقوبته»[١]، جواز كل ذلك.

وتوهم عدم شمول ذلك للعمل.

مدفوع، بأنه لا ريب في ثبوت الحق في مورد العمل أيضاً وللشخص القيام باحقاق حق بما لم ينه عنه الشرع.

(١٥٢) يظهر ذلك من جملة من العبارات بل أرسل إرسال المسلمات وهو الذي تقتضيه المرتكزات، وأصالة اللزوم وعدم تأثير للفسخ.

(١٥٣) لا ريب في حسنه أما وجوبه فلا دليل عليه بل مقتضى الأصل عدمه.

نعم، لو كان إجبار نفسه أو تصدي عدول المؤمنين له فاقداً للشرائط الشرعية المعتبرة في الإجبار تعين الرجوع إلى الحاكم الشرعي حينئذ.

(١٥٤) وهي: الإجبار بنفسه، والفسخ، والرجوع إلى الحاكم، والمقاصة، والاستيجار.

---

(١) الوسائل باب: ٨ من أبواب الدين والقرض حديث: ٤.

فيكون مخيراً بين الفسخ والإجبار (١٥٥)، ولا يجوز الاستئجار عنه للعمل(١٥٦).

نعم، لو كان اعتبار المباشرة بنحو الشرط لا القيد (١٥٧) يمكن إسقاط حق الشرط (١٥٨) والاستئجار عنه أيضاً.

(مسألة ٢٧): إذا تبرع عن العامل متبرع بالعمل جاز إذا لم يشترط المباشرة (١٥٩)، بل لو أتى به من غير قصد التبرع عنه أيضاً كفى، بل ولو

ولكن لابد وأن يقيد التخيير بما إذا لم يكن ترجيح شرعي أو عرفي في أحد الاطراف وإلا يتعين الأخذ بالراجح.

(١٥٥) العرف والاعتبار يحكم بتقدم الإجبار على الفسخ خصوصاً إذا مكن بالسهولة ولو بالتوصل إلى المؤمنين.

(١٥٦) لأنه خلاف أصل القرار المعاملي الذي وقع بينهما وتبانيا عليه من اعتبار المباشرة.

(١٥٧) قد يقال: ان شرط مقومات موضوع العقد خلاف المرتكز العرفي، اذ يكون حينئذٍ في مثل «آجرتك على أن تخيط ثوبي واشترطت عليك أن تخيطه مباشرة»، فتصير الخياطة مملوكة على الأجير من جهتين جهة العقد وجهة الشرط وهذا خلاف المرتكز العرفي.

وفيه: أنه ليس في مثله ملكيتان عرضيتان عرفاً ووجداناً بل ملكية واحدة تحصل بالعقد وهناك قيد خارجي أخذ بنحو تعدد المطلوب، فهناك التزام عقدي والتزام آخر حاصل في طوله ومترتباً عليه وهو كثير الوقوع عرفاً وشرعاً وعقلاً فالشروط من حدود الملكية الأولىٰ وفي طولها لا أن تكون في عرضها.

(١٥٨) لقاعدة أن لكل ذي حق اسقاط حقه إلا ما خرج بالدليل.

(١٥٩) لأن العمل بقصد التبرع منسوب إليه فيستحق الحصة حينئذٍ المفروض عدم اعتبار المباشرة وكفاية مجرد الانتساب ولو بالتبرع عنه.

قصد التبرع عن المالك كان كذلك أيضاً وإن كان لا يخلو عن إشكال(١٦٠) فلا يسقط حقه من الحاصل، وكذا لو ارتفعت الحاجة إلى بعض الأعمال كما إذا حصل السقي بالأمطار ولم يحتج إلى النزح من الآبار خصوصاً إذا كانت العادة كذلك (١٦١)، وربما يستشكل بأنه نظير الاستئجار لقلع الضرس إذا انقلع بنفسه فإن الأجير لا يستحق الأجرة لعدم صدور العمل المستأجر عليه منه، فاللازم في المقام أيضاً عدم استحقاق ما يقابل ذلك العمل، ويجاب بأن وضع المساقاة وكذا المزارعة على ذلك، فإن المراد حصول الزرع والثمرة فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط واستحق حصته، بخلاف الإجارة فإن المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه، ولا بأس بهذا الفرق فيما هو المتعارف سقوطه أحياناً كالاستقاء بالمطر مع بقاء سائر الأعمال، وأما لو كان على خلافه كما إذا لم يكن عليه إلا السقي واستغنى عنه بالمطر أو نحوه كلية فاستحقاقه للحصة مع عدم صدور عمل منه أصلاً

---

(١٦٠) إن قلنا ان المقصود في المساقاة انما هو جعل العامل شأناً لا فعلاً ومن كل جهة يصح كل ذلك ولا إشكال فيه.

لانطباق هذا العنوان بالنسة إلى العامل ويستحق الحصة حينئذٍ، وأما أن قلنا بأن المقصود منه فعلية صدور العمل منه مباشرة أو إنتساباً فإن انتسب عمل المتبرع إليه بوجه من الوجوه تصح أيضاً وتستحق الحصة.

وأما إن لم ينتسب العمل إليه بوجه من الوجوه فلا وجه لاستحقاقه للأجرة ويمكن اختلاف ذلك بحسب اختلاف الموارد والخصوصيات والاغراض.

(١٦١) فتكون العادة حينئذٍ قرينة على أن المقصود من جعل العامل والقرار المعاملي معه إنما بلحاظ الاقتضاء الشأنية لا بحسب العمل الفعلي من كل جهة،

مشكل (١٦٢).

(مسألة ٢٨): إذا فسخ المالك العقد بعد امتناع العامل عن إتمام العمل يكون الثمر له وعليه أجرة المثل للعامل بمقدار ما عمل (١٦٣).

هذا إذا كان قبل ظهور الثمر (١٦٤)، وإن كان بعده يكون للعامل حصته (١٦٥).

وعليه الأجرة للمالك (١٦٦) إلى زمان البلوغ إن رضي بالبقاء وإلا الإجبار على القطع بقدر حصته (١٦٧)، إلا إذا لم يكن له قيمة أصلاً

وفي نفس ذلك الشأنية والاقتضاء غرض صحيح عقلائي.

(١٦٢) إن كان في البين غرض عقلائي ولو شأناً واقتضاءً متعلقاً بهذا العنوان يصح ولا إشكال فيه.

(١٦٣) أما ان الثمرة للمالك فلقاعدة (التبعية) وأما ان عليه أجرة المثل للعمل؛ فلقاعدة: «ان الاستيفاء موجب للضمان» إما بالمسمى أو بالمثل، وحيث انتفى الأول بالفسخ تعين التاني، لكن الأحوط التصالح والتراضي بالنسبة إلى ما وقع منه من العمل قبل الفسخ، لاحتمال كون الفسخ من حينه لا من أول العقد فيستحق مقداراً من الحصة حينئذٍ بقدر عمله بعد انحلال الحصة على أجزاء العمل ولكن هذا الاحتمال لا وجه له.

(١٦٤) لأنه حينئذٍ يصير بالفسخ كالأجنبي بالنسبة إلى الثمرة الحاصل بعد الفسخ.

(١٦٥) لوجود المقتضي لملكية العامل لها وهو القرار المعاملي وفقد المانع عنها لأن الفسخ انما هو من حين حدوثه لا من حين العقد.

(١٦٦) أي: أجرة الأرض لفرض زوال حقه في ابقاء حصة فيها بالفسخ فيكون كالأجنبي بالنسبة إلى هذه الجهة.

(١٦٧) لقاعدة السلطنة إلا إذا تضرر العامل بالقطع فليس له الإجبار لحكومة

فيحتمل أن يكون للمالك (١٦٨) كما قبل الظهور.

(مسألة ٢٩): قد عرفت (١٦٩) أنه يجوز للمالك مع ترك العامل العمل أن لا يفسخ ويستأجر عنه ويرجع عليه إما مطلقاً كما لا يبعد أو بعد تعذر الرجوع إلى الحاكم، لكن يظهر من بعضهم (١٧٠) اشتراط جواز الرجوع عليه بالإشهاد على الاستئجار عنه فلو لم يشهد ليس له الرجوع عليه حتى بينه وبين الله.

وفيه ما لا يخفى، فالأقوى أن الإشهاد للاثبات ظاهراً وإلا فلا يكون شرطاً للاستحقاق فمع العلم به أو ثبوته شرعاً يستحق الرجوع وإن لم يكن أشهد على الاستئجار.

نعم، لو اختلفا في مقدار الأجرة فالقول قول العامل في نفي الزيادة (١٧١)، وقد يقال بتقديم قول المالك لأنه أمين، وفيه ما لا يخفى(١٧٢) وأما لو اختلفا في أنه تبرع عنه أو قصد الرجوع عليه فالظاهر

قاعدة «نفي الضرر» على قاعدة «السلطنة».

(١٦٨) حيث أن الاشتراك بين المالك والعامل كان في المالية والملكية معاً، والأولى أعم من الثانية فنفي الثانية لا يستلزم نفي الأولى، فتكون المالية مشتركة بينهما فلابد للمالك من استرضاء العامل حينئذٍ بأي طريق أمكن.

(١٦٩) تقدم ما يتعلق بذلك فلا وجه للإعادة.

(١٧٠) يستظهر ذلك من الشرايع والقواعد، ولكن علو مقام تحقيقهما وفقاهتهما يجل عن أن ينسب إليهما دخل ذلك في مرحلة الثبوت في هذه المسألة التي لا نص فيها ولا إجماع وإنما فيها اجتهاد محض، ولا بأس بذلك في مقام الاثبات، قطعاً لمنشأ المخاصمة واللجاج.

(١٧١) لأصالة عدم الزيادة فيقدم قوله من جهة المطابقة للأصل.

(١٧٢)لمنع كونه أميناً لأن مجرد جواز الاستيجار تكليفاً أعم من أمانته

تقديم قول المالك لاحترام ماله وعمله (١٧٣) إلا إذا ثبت التبرع وإن كان لا يخلو عن إشكال (١٧٤)، بل يظهر عن بعضهم تقديم قول العامل (١٧٥).

(مسألة ٣٠): لو تبين بالبينة أو غيرها أن الأصول كانت مغصوبة فإن أجاز المغصوب منه المعاملة صحت المساقاة (١٧٦)، وإلا بطلت وكان تمام الثمرة للمالك المغصوب منه (١٧٧)، ويستحق العامل أجرة المثل على الغاصب (١٧٨)

بالمعنى المعهود ثم منع تقديم قول كل أمين ثانياً حتى في مورد التنازع والتخاصم، وأما تقديم قوله لقاعدة: «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» بدعوى دلالتها على حجية قوله في كل ما يتعلق بملكه فكليتها مطلقاً عين المدعى وأصل الدعوى.

(١٧٣) وهذا الأصل من الأصول المسلمة العقلائية التي قرره الشارع يجري في صورة الاستيفاء وفي صورة النزاع في المجانية وعدمها ما لم يثبت الخلاف، بل أصالة الضمان فيما يتعلق بالغير إلا مع ثبوت المجانية أصل معتبر ومعول عليها في أبواب الضمانات.

(١٧٤) ذكره في الجواهر من أن أصالة عدم التبرع لا تثبت الضمان.

وفيه: أنا لا نثبت الضمان بأصالة عدم التبرع بل نثبته بقاعدة «احترام المال والعمل» إلا إذا ثبتت المجانية.

(١٧٥) لأصالة البرائة عن الضمان.

وفيه: إنه لا تصل النوبة اليها مع وجود قاعدة الاحترام.

(١٧٦) لما ذكرناه في كتاب البيع من أن صحة الفضولي مع الاجازة مطابقة للقاعدة فتجري في جميع الموارد إلا ما خرج بالدليل.

(١٧٧) لقاعدة: «تبعية النماء للأصل» إلا مع الدليل على الخلاف وهو مفقود في المقام.

(١٧٨) لقاعدة: «احترام العمل والمال» التي هي من أهم القواعد المقررة.

إذا كان جاهلاً بالحال (١٧٩)، إلا إذا كان مدعياً عدم الغصبية وأنها كانت للمساقي إذ حينئذٍ ليس له الرجوع عليه لاعترافه بصحة المعاملة (١٨٠) وان المدعي أخذ الثمرة منه ظلماً، هذا إذا كانت الثمرة باقية، وأما لو اقتسماها وتلفت عندهما فالأقوى أن للمالك الرجوع بعوضها على كل من الغاصب والعامل بتمامه (١٨١)، وله الرجوع على كل منهما بمقدار حصته(١٨٢) فعلى الأخير لا إشكال (١٨٣)، وإن رجع على أحدهما بتمامه رجع على الآخر بمقدار حصته (١٨٤) إلا إذا اعترف بصحة العقد وبطلان دعوى المدعي للغصبية لأنه حينئذٍ معترف بأنه غرمه ظلماً(١٨٥).

---

(١٧٩) قد مر مكرراً أن المناط في عدم الضمان صدق عنوان المجانية عرفاً والجهل بالحال أعم منها كما هو معلوم.

(١٨٠) فتكون الحصة المقررة في المساقاة للعامل حينئذٍ.

(١٨١) نسب هذا القول إلى العلامة ومَن تأخر عنه لفرض جريان يد كل منهما على التمام فتشملها قاعدة «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[١].

(١٨٢) لفرض تحقق تلف حصة كل منهما في يده فيكون قرار الضمان عليه.

(١٨٣) في أنه لا يرجع إلى غيره لثبوت قرار الضمان بالنسبة إليه في حصته التي تلفت تحت يده.

(١٨٤) لأن قرار الضمان على من تلف المال عنده كما ثبت ذلك في تعاقب الأيادي فيرجع بالنصف مثلاً إلى من تلف المال عنده واستقر الضمان عليه.

(١٨٥) وكل منهما معترف بأن حصته ملك نفسه ويعترف كل منهما للآخر بذلك أيضاً ومع هذا الاعتراف لا موضوع للضمان أصلاً.

---

(١) مستدرك الوسائل باب: ١ من أبواب الوديعة: حديث: ١٢ وفي باب: ١ من أبواب الغصب حديث: ٤.

وقيل إن المالك مخير (١٨٦) بين الرجوع على كل منهما بمقدار حصته وبين الرجوع على الغاصب بالجميع فيرجع هو على العامل بمقدار حصته (١٨٧)، وليس له الرجوع على العامل بتمامه (١٨٨) إلا إذا كان عالماً بالحال (١٨٩)، ولا وجه له بعد ثبوت يده على الثمر بل العين أيضاً (١٩٠)،

---

(١٨٦) يظهر ذلك من الشرايع أما الرجوع إلى كل منهما بحصته فلفرض ثبوت يده عليها وتلفها عنده، وأما الرجوع إلى الغاصب بالجميع فلجريان يده عليه فتشمل قاعدة «اليد» جميع ذلك.

(١٨٧) لفرض تحقق تلفها لديه فيكون قرار الضمان عليه.

(١٨٨) بدعوى أن العامل ليس مسلطاً ومستولياً على الأشجار ولا ثمرها وانما تصرف في حصته فقط، وهذه الدعوى مخدوشة بنحو الكلية.

والظاهر كون النزاع لفظياً ..

فتارة: يكون العامل مسلطاً على الكل بخلاف المالك .

وأخرى: يكون بالعكس.

وثالثة: يكون كل واحد منهما كذلك.

ورابعة: يكون كل منهما مسلطاً على البعض فقط.

وخامسة: يشك في أنه من أي من تلك الصور؛ والحكم فيه هو الرجوع إلى الأصول موضوعية كانت أو حكمية، والفارق حكم العرف والقرائن المعتبرة ويلحق كل صورة حكمها بحسب القواعد.

(١٨٩) بحيث صدق عرفاً أنه مستول على التمام وإلا فليس مجرد العلم بالحال موجباً للاستيلاء على الجميع، مع أن الضمان من الوضعيات التي لا يدور مدار العلم والجهل.

(١٩٠) ان صدق الاستيلاء على الكل بحسب المتعارف، ومع الشك

فالأقوى ما ذكرنا لأن يد كل منهما يد ضمان (١٩١) وقرار الضمان على من تلف في يده العين (١٩٢)، ولو كان تلف الثمرة بتمامها في يد أحدهما كان قرار الضمان عليه.

هذا، ويحتمل في أصل المسألة كون قرار الضمان على الغاصب مع جهل العامل لأنه مغرور من قبله (١٩٣).

فالحكم فيه هو الرجوع إلى الأصول ـ موضوعية كانت أو حكمية ـ كما مر.

(١٩١) لا ريب في أن اليد يد ضمان وانما الكلام في تشخيص أنه على الكل أو البعض على ما مر.

(١٩٢) بلا إشكال فيه كما ثبت ذلك عرفاً وشرعاً في مسألة تعاقب الأيادي على شيء فراجع كتاب البيع، وسيأتي في كتاب الغصب هذا إذا لم يكن غرور في البين وإلا فـ«المغرور يرجع إلى من غره» ولو كان المغرور قد تلف العين في يده.

(١٩٣) وصحة رجوع المغرور إلى غاره فيما اغترمه من المرتكزات العقلائية التي يكفي فيها عدم ثبوت الردع عن الشارع، وقد تسالم الأصحاب في مختلف موارد الفقه من أوله إلى آخره وأرسلوا إرسال المسلمات القاعدة المعروفة: «المغرور يرجع إلى من غره» الذي ورد على طبقه النصوص في موارد شتى ـ كضمان شاهد الزور[١]، وتدليس الزوجة ـ المشتملة على جواز الرجوع إلى المدلِّس بالمهر المعللة لذلك..

تارة: بأنه دلّس.

وأُخرى: بأنه غرَّ و خدع[٢]، فأصل القاعدة مما لا كلام فيها، وتقدم في موارد من البيع[٣] بعض الكلام ويأتي في الغصب والقصاص والديات ما

---

(١) الوسائل باب: ١٠ و١١ من أبواب الشهادات.

(٢) الوسائل باب: ٢ و٦ و٧ من أبواب العيوب والتدليس ـ النكاح.

(٣) راجع ج: ١٦ صفحه: ٣٤٦.

ولا ينافيه ضمانه لأجرة عمله (١٩٤) فإنه محترم (١٩٥) وبعد فساد

يناسب المقام.

(١٩٤) وجه توهم المنافاة انه يحصل للعامل حينئذٍ عوضان لعمله ولا يمكن اجتماعهما.

الأول: الحصة التي أتلفها واستفاد منها التي هي عوض عمله في الواقع.

الثاني: أجرة عمله على الغاصب فمع استفادته من الحصة لا وجه للأجرة ومع الأجرة لا وجه لكون الحصة له، بل لابد وأن تكون للمالك فعلى العامل عوض الحصة للمالك وعلى الغاصب الأجرة للعامل فلا وجه لعدم كون العامل ضامناً لشيء أبداً.

(١٩٥) خلاصة الجواب أن أصالة احترام العمل وكون صدوره مستنداً إلى غرور الغاصب يوجب ضمان الغاصب لأجرة العمل وهذا مما لا ريب في كونها عوض العمل، وأما الحصة فسقطت عن العوضية شرعاً لفساد المعاملة فلا يجتمع عوضان لعمل العامل لا عرفاً ولا شرعاً، وحينئذٍ فمقتضى قاعدة الإتلاف كون العامل ضامناً للحصة للمالك ولكن حيث أنه مغرور عن الغاصب يسقط ضمانه، لقاعدة الغرور.

وتوهم أنه ليس من شأن اثبات قاعدة الغرور شيئين أجرة المثل للعمل واسقاط الحصة المسماة.

مدفوع، بأنه لا محذور فيه بعد انحلال القاعدة إلى كل غرور يتحقق في مورد جريانها كما هو مقتضى كل قاعدة بالنسبة إلى مصاديقها.

إن قيل: يلزم من جريانها استفادة العامل للحصة التي فوتها.

يقال: لا محذور فيه بعد إن لم تكن دليل آخر حاكم على القاعدة، بل لو قيل من لوازم قاعدة الغرور استفادة المغوور في الجملة لم يكن به بأس ما لم يكن دليل على الخلاف من إجماع أو غيره، ولذا قوى سيد مشائخنا في المقام

المعاملة لا يكون الحصة عوضاً عنه فيستحقها، وإتلافه الحصة إذا كان بغرور من الغاصب لا يوجب ضمانه له (١٩٦).

(مسألة ٣١): لا يجوز للعامل في المساقاة أن يساقي غيره مع اشتراط المباشرة أو مع النهي عنه (١٩٧).

وأما مع عدم الأمرين ففي جوازه مطلقاً (١٩٨) كما في الإجارة والمزارعة وإن كان لا يجوز تسليم الأصول إلى العامل الثاني إلا بإذن المالك، أو لا يجوز مطلقاً (١٩٩) وإن أذن المالك أو لا يجوز إلا مع إذنه(٢٠٠). أو لا يجوز قبل ظهور الثمر ويجوز بعده (٢٠١)، أقوال، أقواها

هذا الاحتمال ولكن الأحوط التراضي والتصالح.

(١٩٦) أي: ضمان العامل للمالك ما أتلفه من الحصة.

(١٩٧) لأصالة عدم ترتب الأثر، وظهور الإجماع. ولو خالف مع ذلك يكون من صغريات الفضولي.

(١٩٨) نسب ذلك إلى ظاهر الأسكافي وبعض متأخر المتأخرين.

(١٩٩) نسب ذلك إلى المشهور مستدلاً عليه بأن المساقاة لا يجوز إلا على أصل مملوك للمساقي، ولا يخفى أن هذا الدليل عين المدعى كما يأتي في المتن.

(٢٠٠) يظهر ذلك من المسالك ونسب إلى العلامة في المختلف.

(٢٠١) استظهر ذلك من المسالك أيضاً وليس له دليل ظاهر ولابد أولاً من بيان مورد نزاع القوم ثم بيان ما هو الحق في المقام: يمكن أن يكون مورد نزاعهم مساقاة الغير بأن يكون الغير عاملاً له ويكون هو بنفسه عاملاً لمالك الأصول بلا صدور عمل منه أصلاً إلا التسبب في عمل الغير، ويمكن أن يكون مرادهم كون الغير عاملاً للمالك وكونه مشرفاً على عمله من دون صدور عمل منه غير ذلك، كما يمكن أن يكون المراد تبعيض عمل المساقاة بينهما.

الأول (٢٠٢).

ولا دليل على القول بالمنع مطلقاً أو في الجملة (٢٠٣) بعد شمول العمومات (٢٠٤) من قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ و﴿تجارة عن تراض﴾ وكونها على الأصل فاللازم الاقتصار على القدر المعلوم، ممنوع بعد

والظاهر صحة الكل لو كان في البين غرض صحيح لفرض عدم اعتبار المباشرة فتشملها أدلة المساقاة الشاملة لكل من المباشرة والتسبيب.

ودعوى: الظهور في الأولىٰ إن صح فهو غالبي لا أن يكون حقيقياً، كما أن دعوى أنه ليس في المساقاة عموم ولا إطلاق يشمل هذه الفروض إلا بعض المجملات وما ورد في قضية خيبر(١).

ساقطة، لكفاية مثل صحيحي الحلبي وابن شعيب(٢)، في استفادة هذه الفروع مع أنها ابتلائية وعدم ورود المنع عنها وإمكان تطبيقها على القواعد كما يأتي.

(٢٠٢) لأنه لا معنى لاسقاط قيد المباشرة إلا الرضاء بجملة هذه الفروع فالتفصيل بين الإذن وعدمه ساقط مع الالتفات الإجمالي إلا أن اسقاط المباشرة يتضمن جميع هذه الفروع ولو بنحو انطواء الجزء في الكل.

(٢٠٣) بل سيرة المتشرعة في بعض استقرت على الجواز من غير نكير من أحد عليهم.

(٢٠٤)وتوهم إنها لا تثبت المساقاة المعهودة.

فاسد، إذ الانطباق مع قصد المساقاة المعهودة قهري في العقود المقوّمة بالقصد، والمفروض أنه لم تقصد معاملة أُخرىٰ غيرها جتى يثبتها العموم وإلا يلزم وقوع ما لم يقصد وهو باطل فيما يتقوم بالقصد.

---

(١) تقدم في صفحة: ١٥٥.

(٢) الوسائل باب: ٨ ـ ١٠ من أبواب المزارعة.

شمولها (٢٠٥)، ودعوى أنه يعتبر فيها كون الأصل مملوكاً للمساقي أو كان وكيلاً عن المالك أو ولياً عليه، كما ترى إذ هو أول الدعوى (٢٠٦).

(مسألة ٣٢): خراج السلطان في الأراضي الخراجية على المالك لأنه إنما يؤخذ على الأرض (٢٠٧) التي هي للمسلمين لا الغرس الذي هو للمالك وإن أخذ على الغرس فبملاحظة الأرض، ومع قطع النظر عن ذلك أيضاً كذلك فهو على المالك مطلقاً إلا إذا اشترط كونه على العامل أو عليهما بشرط العلم بمقداره (٢٠٨).

(مسألة ٣٣): مقتضى عقد المساقاة ملكية العامل للحصة من الثمر من

---

(٢٠٥) وتحقق السيرة في الجملة.

(٢٠٦) والنصوص الخاصة[1]، الواردة في المساقاة ـ كما تقدم بعضها ـ وإن كانت ظاهرة في كون الأصل مملوكاً للمساقي لكن البحث في أن ذلك بنحو التقوم أو بنحو الغالب، والثاني معلوم والأول مشكوك ولا دليل على اعتباره بنحو التقييد والتقوم من عقل أو نقل فلا وجه لتطويل الكلام فيه على جميع ذلك كما عن الجواهر وغيره بعد صدق المساقاة عرفاً.

(٢٠٧) الأموال التي يأخذها السلطان من الأراضي على أقسام:

الأول: أن تكون مجعولة على الأرض فقط.

الثاني: أن تكون مجعولة على الغرس الذي غرس فيها.

الثالث: أن تكون مجعولة على تعمير الأرض واستنماء الغرس.

والأولان على المالك لكون العامل أجنبياً عنهما والأخير عليهما لأن لكل منهما دخل فيه مباشرة وتسبيباً.

(٢٠٨) بما يرتفع به الجهالة الغير المغتفرة في المساقاة.

---

(١) الوسائل باب: ٩ من أبواب المزارعة: ٩.

حين ظهوره، والظاهر عدم الخلاف فيه (٢٠٩)، إلا من بعض العامة حيث قال بعدم ملكيته له إلا بالقسمة قياساً على عامل القراض حيث إنه لا يملك الربح إلا بعد الانضاض، وهو ممنوع عليه حتى في المقيس عليه (٢١٠).

نعم، لو اشترطا ذلك في ضمن العقد لا يبعد صحته (٢١١)، ويتفرع على ما ذكرنا فروع:

منها: ما إذا مات العامل بعد الظهور قبل القسمة مع اشتراط مباشرته للعمل فإن المعاملة تبطل من حينه والحصة تنتقل إلى وارثه على ما ذكرنا(٢١٢).

---

(٢٠٩) ويقتضيه ظاهر نصوص الباب مضافاً إلى اتفاق كلمات الأصحاب.

(٢١٠) مع أنه مع الفارق لأن الربح وقاية لرأس المال كما مر، فلابد وأن يتحفظ مهما أمكن عن التقسيم بخلاف المقام.

(٢١١) لعموم أدلة وجوب الوفاء بالشروط الشامل لذلك أيضاً.

وتوهم: أنه من الشرط الذي يكون محدداً لموضوع العقد وأدلة المساقاة قاصرة عن شموله.

مدفوع: بأن نفس الشرط ليس منافياً للشرع وكل شرط كذلك يصح اشتراطه في كل عقد فتشمله أدلة ذلك العقد لفرض أن تلك الأدلة تشمل العقد المشروع والمفروض أن هذا عقد مشروع.

(٢١٢) هذه الفروع الاربعة تشترك في حصول الفسخ بعد الظهور وقبل القسمة إما بسبب غير اختياري كالموت أو سبب اختياري، والحكم في الجميع واحد وهو استحقاق العامل للحصة بناء على ملكيته من حين الظهور وعدم استحقاقه لها بناء على الملكية من حين القسمة بل يستحق أجرة عمله.

أما بطلان المعاملة من حين الموت فلانتفاء موضوع المباشرة بالموت فتصير من قبيل السالبة المنتفية بانتفاء الموضوع.

ومنها: ما إذا فسخ أحدهما بخيار الشرط أو الاشتراط بعد الظهور وقبل القسمة أو تقايلاً (٢١٣).

ومنها: ما إذا حصل مانع عن إتمام العمل بعد الظهور (٢١٤).

ومنها: ما إذا أخرجت الأصول عن القابلية لإدراك الثمر ليبس أو فقد الماء أو نحو ذلك بعد الظهور، فإن الثمر في هذه الصور مشترك بين المالك والعامل، وإن لم يكن بالغاً (٢١٥).

ومنها: في مسألة الزكاة (٢١٦) فإنها تجب على العامل أيضاً إذا بلغت حصته النصاب كما هو المشهور لتحقق سبب الوجوب وهو الملكية له حين الانعقاد أو بدوّ الصلاح على ما ذكرنا، بخلافه إذا قلنا بالتوقف على القسمة.

وأما انتقال الحصة إلى الورثة فلعموم «ما تركه الميت فهو لوارثه»[1].

(٢١٣) فيستحق العامل حصته بناء على المشهور؛ وأما بناءً على ملكيته بالقسمة فيكون الجميع للمالك ويستحق العامل أجرة عمله لقاعدة الاحترام.

(٢١٤) الكلام فيه عين الكلام في سابقيه من غير فرق.

(٢١٥) أما مع صدق الثمر عرفاً فيصح ولا إشكال فيه وأما مع عدم صدقه بالنسبة إلى ما مضى فإن اكتفينا في صحة المساقاة بمجرد وجود الغرض الصحيح العقلائي فيه فلا إشكال فيه أيضاً، وأما مع عدم الاكتفاء بذلك وعدم صدق الثمر فلا موضوع لصحة المساقاة.

(٢١٦) تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في الشرط الخامس من شروط وجوب الزكوة[2]، ولا وجه للتكرار مع قرب العهد فراجع.

---

(١) راجع ج: ١٨ ص: ١٩٨.

(٢) راجع ج: ١١ صفحة: ١٦.

نعم، خالف في وجوب الزكاة عليه ابن زهرة هنا وفي المزارعة بدعوى أن ما يأخذه كالأجرة، ولا يخفى ما فيه من الضعف لأن الحصة قد ملكت بعقد المعاوضة أو ما يشبه المعاوضة لا بطريق الأجرة، مع أن مطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب وأما إذا كانت مملوكة قبله فتجب زكاتها كما في المقام، وكما لو جعل مال الإجارة لعمل زرعاً قبل ظهور ثمره فإنه يجب على المؤجر زكاته إذا بلغ النصاب فهو نظير ما إذا اشترى زرعاً قبل ظهور الثمر، هذا وربما يقال بعدم وجوب الزكاة على العامل في المقام. ويعلل بوجهين آخرين (٢١٧).

أحدهما: أنها إنما تجب بعد إخراج المؤن والفرض كون العمل في مقابل الحصة فهي من المؤن (٢١٨) وهو كما ترى وإلا لزم احتساب أجرة عمل المالك والزارع لنفسه أيضاً فلا نسلم أنها حيث كانت في قبال العمل تعد من المؤن (٢١٩).

الثاني: أنه يشترط في وجوب الزكاة التمكن من التصرف وفي المقام

---

(٢١٧) احتملهما صاحب الجواهر في كلام ابن زهرة.

(٢١٨) تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في (مسألة ١٨) من زكاة الغلات فراجع.

(٢١٩) مع انها لو كانت من المؤن لا يلازم سقوط الزكاة من الحصة، إذ قد تكون أجرة العمل أقل منها بكثير كما هو واضح، والمدار في المؤن على المالية التي تصرف لأجل الغلة.

وأما ما فرق به في الجواهر بين عمل المالك وعمل العامل في المقام، بأن الثاني مضمون على المالك بالحصة فيعد من المؤنة بخلاف عمل المالك فأنه غير مضمون بشيء فلا وجه لعده من المؤن فهو غير فارق، لأن عمل العامل غير مضمون على نفسه أيضاً كعمل المالك فلا فرق بينهما من هذه الجهة.

وإن حصلت الملكية للعامل بمجرد الظهور إلا أنه لا يستحق التسلم إلا بعد تمام العمل، وفيه مع فرض تسليم عدم التمكن (٢٢٠) من التصرف أن اشتراطه مختص بما يعتبر في زكاته الحول (٢٢١) كالنقدين والانعام لا في الغلات ففيها وإن لم يتمكن من التصرف حال التعلق يجب إخراج زكاتها بعد التمكن على الأقوى كما بين في محله، ولا يخفى أن لازم كلام هذا القائل عدم وجوب زكاة هذه الحصة على المالك أيضاً كما اعترف به فلا يجب على العامل لما ذكر ولا يجب على المالك لخروجها عن ملكه.

(مسألة ٣٤): إذا اختلفا في صدور العقد وعدمه فالقول قول منكره(٢٢٢)، وكذا لو اختلفا في اشتراط شيء على أحدهما وعدمه(٢٢٣)، ولو اختلفا في صحة العقد وعدمها قدّم قول مدعي الصحة(٢٢٤)، ولو اختلفا في قدر حصة العامل قدّم قول المالك المنكر

---

(٢٢٠) التمكن من التصرف له مراتب متفاوتة، فالتمكن من التصرف للمال المختص بالشخص نحو من التمكن، ولا ريب في عدم تحققه بالنسبة إلى المال المشترك، والتمكن من التصرف في المال المشترك نحو من التمكن، ولا ريب في تحقق الثاني في المقام ولا دليل على اعتبار أزيد منه.

وبالجملة: قدرة الشركاء على التقسيم فيما بينهم تمكن من التصرف عرفاً وإلا لما وجبت على المالك أيضاً.

(٢٢١) قد تكرر ذلك منه ﷺ فقد أشكل في (مسألة ١٧) من مسائل ختام الزكوة في الاختصاص وفي مسألة ٤١ جعل الاظهر عدم اعتباره فيما لا يعتبر فيه الحول وفي المقام جعله أقوى، وقد تعرضنا للمسألة في الموردين وان اعتبار التمكن من التصرف في الجميع هو الاقرب.

(٢٢٢) لأصالة عدم صدور العقد إلا أن يثبت خلافه بحجة معتبرة.

(٢٢٣) لأصالة عدم تحقق الشرط إلا أن يثبت خلافه بحجة شرعية.

(٢٢٤) لأصالة الصحة المسلمة عند الكل في أبواب المعاملات.

للزيادة، وكذا لو اختلفا في المدة (٢٢٥)، ولو اختلفا في قدر الحاصل قدّم قول العامل (٢٢٦).

وكذا لو أدعى المالك عليه سرقة أو إتلافاً أو خيانة (٢٢٧) وكذا لو أدعى عليه أن التلف كان بتفريطه إذا كان أميناً له كما هو الظاهر (٢٢٨)، ولا يشترط في سماع دعوى المالك تعيين مقدار ما يدعيه عليه بناءاً على ما هو الأقوى من سماع الدعوى المجهولة (٢٢٩) خلافاً للعلامة في التذكرة في المقام (٢٣٠).

(مسألة ٣٥): إذا ثبتت الخيانة من العامل بالبينة أو غيرها هل له رفع يد العامل على الثمرة أو لا؟ قولان:

---

(٢٢٥) لأصالة تبعية النماء للأصل فيهما هذا إذا لم تكن الاشجار في يد العامل وتحت سلطنته عرفاً، وأما لو صدق انها في يده وتحت استيلائه فيمكن تقديم قوله لقاعدة «اليد».

(٢٢٦) مع كون الثمرة تحت يده واستيلائه، ولو كان في يد المالك يقدم قوله، لقاعدة «اليد» في المورد.

(٢٢٧) لأصالة عدم ذلك كله إلا إذا ثبت بحجة معتبرة.

(٢٢٨) لأن ظاهر حال الملاك انهم لا يساقون إلا مع الأمين والوجه في عدم ضمانه حينئذٍ قاعدة «عدم صحة تضمين الأمين» إلا بعد ثبوت خيانته بحجة معتبرة.

(٢٢٩) لعمومات أدلة سماع الدعوى وإطلاقاتها من غير ما يصلح للتخصيص والتقييد، ويأتي الكلام في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

(٢٣٠) وليس له وجه ظاهر إلا أن يكون مراده من الجهالة ما لا يرجع إلى محصل عرفي في الدعوى ولو بعد التفسير وهو مسلم عند الكل، وبذلك يمكن أن يجعل النزاع لفظياً ويأتي في محله ما ينفع المقام.

أقواهما العدم لأنه مسلط على ماله (٢٣١)، وحيث إن المالك أيضاً مسلط على حصته فله أن يستأجر أميناً يضمه مع العامل (٢٣٢)، والأجرة عليه لأن ذلك لمصلحته ومع عدم كفايته في حفظ حصته جاز رفع يد العامل (٢٣٣) واستئجار من يحفظ الكل والأجرة على المالك أيضاً(٢٣٤).

(مسألة ٣٦): قالوا المغارسة باطلة (٢٣٥) وهي: «أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرس فيها على أن يكون المغروس بينهما» سواء اشترط كون حصة من الأرض أيضاً للعامل أو لا، ووجه البطلان، الأصل بعد كون ذلك على خلاف القاعدة بل أدعى جماعة الإجماع عليه.

---

(٢٣١) مضافاً إلى أصالة عدم ولاية للمالك على ذلك، وفي الجواهر: «أن احتمال رفع يده لم أجده قولاً لأحد من أصحابنا ولا لغيرهم»، وحكي عن المبسوط في المقام: «قيل ينتزع من يده ويكتر من يقوم مقامه»، وهو غريب لعدم معرفة هذا القائل وأغرب منه استدلال الإيضاح لعموم النص عليه.

(٢٣٢) لقاعدة «السلطنة» وأصالة الإباحة.

(٢٣٣) اختاره في المسالك لقاعدة «نفي الضرر والضرار» المقدمة على قاعدة «السلطنة»، ولكنه مشكل وطريق الاحتياط أن يكون بعد مراجعة الحاكم الشرعي.

(٢٣٤) لأن ذلك من مصالحه ولو كانت لأجل العمل، فمقتضى القاعدة كونها على العامل وإن كانت لهما فيقسط عليهما.

(٢٣٥) البحث.. **تارة:** بحسب الأصل.

وأخرى: بحسب العمومات .

وثالثة: بحسب الأدلة الخاصة.

ورابعة: بحسب الكلمات.

أما الأول: فمقتضاه عدم ترتب الأثر لو لم نقل بجريان أصالة الجواز

نعم، حكي عن الاردبيلي وصاحب الكفاية الإشكال فيه لإمكان استفادة الصحة من العمومات، وهو في محله إن لم يتحقق الإجماع(٢٣٦)، ثم على البطلان يكون الغرس لصاحبه (٢٣٧) فإن كان من مالك الأرض فعليه أجرة عمل الغارس (٢٣٨)

بالمعنى التكليفي والوضعي وبجريان أصالة الصحة في كل ما لم يرد فيه نهي شرعي بالخصوص من المعاملات وهو محل البحث.

وأما الثاني: فلا ريب في أن مقتضاها الصحة واللزوم كما في سائر العقود ودعوى: انصرافها إلى المساقاة المتعارف.

باطلة لأن غلبة الوجود على فرض تسليمها في المقام لا أثر لها في الانصراف المعول عليه كما ثبت في محله، كما أن دعوى: أن العقود توقيفية ولابد وأن يقتصر على ما عنونت مما لا ينبغي الإصغاء إليه بعد كونها عرفيات أمضائية بالعمومات والإطلاقات، لا أن تكون تعبدية تأسيسة كما أثبتنا ذلك غير مرة.

وأما الثالث: فمقتضى إطلاق صحيح ابن شعيب عن الصادق عليه السلام الصحة أيضاً قال: «سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما؟ قال عليه السلام: لا بأس ـ إلى أن قال ـ وسألته عن المزارعة، فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها ـ»[1]، وقريب منه غيره وإطلاقها يشمل المغارسة أيضاً.

وأما الأخير فأدعى جمع الإجماع على البطلان والمتيقن منه على فرض اعتباره انما هو البطلان بعنوان المساقاة المعهودة لا بطلان أصل المغارسة تعبداً.

(٢٣٦) ولو تحقق لكان المتيقن منه ما ذكرنا.

(٢٣٧) لأصالة بقاء ملكه عليه وعدم ما يوجب خروجه عن ملكه.

(٢٣٨) لقاعدة «ان استيفاء عمل الغير يوجب ضمان المستوفى له».

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة: ٢.

إن كان جاهلاً بالبطلان (٢٣٩)، وإن كان للعامل فعليه أجرة الأرض للمالك(٢٤٠) مع جهله به (٢٤١) وله الابقاء بالأجرة أو الأمر بقلع الغرس أو قلعه بنفسه (٢٤٢).

وعليه أرش نقصانه إن نقص من جهة القلع (٢٤٣)، ويظهر من جماعة (٢٤٤) أن عليه تفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً ولا دليل

---

(٢٣٩) تقدم مراراً أن المناط في عدم الضمان وسقوطه صدق التبرع عرفاً وتحقق عنوان هتك العمل كذلك، ولا دخل للعلم والجهل في ذلك فمع صدقهما لا ضمان وإن كان العامل جاهلاً، ومع عدم الصدق يضمن المالك وإن كان العامل عالماً.

(٢٤٠) لأصالة احترام ملك الغير وماله حدوثاً وبقاءً إلا مع الدليل على الخلاف وهو مفقود في المقام.

(٢٤١)تقدم مكرراً أنه لا أثر للجهل بل المناط كله صدق هتك المال والتبرع به عرفاً فلا ضمان حينئذٍ مع هذا الصدق، ومع العدم يتحقق الضمان مطلقاً.

(٢٤٢) كل ذلك لقاعدة «السلطنة» التي هي من أهم القواعد المقررة في جميع الشرايع الإلهية إلا مع وجود دليل معتبر على الخلاف وهو مفقود، والظاهر ترتب الأخير على عدم امكان أحد الأولين، وأما مع إمكان أحدهما، فيشكل جوازه لأنه تصرف في ملك الغير من دون إذنه مع امكان وصول المالك إلى حقه بدونه.

(٢٤٣) لقاعدة «نفي الضرر والضرار» المتسالم عليها نصوصاً[1]، وإجماعاً وهي حاكمة على قاعدة «السلطنة» كما ثبت في محله.

(٢٤٤) استظهر ذلك من عبارة الشرايع حيث قال في المقام: «وعليه أرش

---

(١) الوسائل باب: ١٢ من أبواب أحياء الموات.

عليه(٢٤٥) بعد كون المالك مستحقاً للقلع (٢٤٦)، ويمكن حمل كلام بعضهم على ما ذكرنا من أرش النقص الحاصل بسبب القلع إذا حصل بأن انكسر (٢٤٧) مثلاً بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر، ولكن كلمات الآخرين لا تقبل هذا الحمل بل هي صريحة في ضمان التفاوت بين القائم والمقلوع حيث قالوا مع ملاحظة أوصافه الحالية من كونه في معرض الابقاء مع الأجرة أو القلع، ومن الغريب ما عن المسالك من ملاحظة كون قلعه مشروطاً بالأرش لا مطلقاً فإن استحقاقه للأرش من أوصافه وحالاته فينبغي أن يلاحظ أيضاً في مقام التقويم، مع أنه مستلزم للدور كما

النقصان بالقلع»، وكذا من عبر مثل هذه العبارة من الفقهاء إذ يستفاد منها ثبوت أصل التفاوت ما بين قيمته قائماً ومقلوعها لا أرش النقصان لو حصل.

(٢٤٥) من نص معتبر، أو إجماع كذلك، وأما بحسب القواعد فيأتي التفصيل فيها.

(٢٤٦) لأن معنى استحقاقه للقلع أن حالة قيام الغرس وحالة قلعه متساويان بالنسبة إلى سلطنته.

نعم، لو حصل نقص يضمنه لقاعدة «نفي الضرر» كما تقدم.

وما يقال: من أن ضمان المالك لأجرة العامل لو كان الغرس للمالك يلازم الإذن في غرس العامل، والإذن يستلزم ضمان الصفة الحاصلة من نصب الغرس في الأرض الفائتة بقلعه.

مدفوع، بأن ضمان الأجرة من لوازم احترام العمل عرفاً وعدم صدوره مجاناً ولغواً وهو أعم من الإذن السابق.

(٢٤٧) ليس ثبوت الأرش منحصراً بهذه الصورة، بل كل ما كان القلع موجباً لفوت غرض معتبر عقلائي في المقلوع يوجب ذلك ثبوت الأرش، وبذلك يمكن أن يجمع بين جملة من الكلمات.

اعترف به (٢٤٨).

ثم إنه إن قلنا بالبطلان يمكن تصحيح المعاملة بإدخالها تحت عنوان الإجارة (٢٤٩) أو المصالحة أو نحوهما (٢٥٠) مع مراعاة شرائطهما كأن تكون الأصول مشتركة بينهما إما بشرائها بالشركة (٢٥١) أو بتمليك أحدهما للآخر نصفاً منها ـ مثلاً ـ إذا كانت من أحدهما فيصالح صاحب الأرض مع العامل بنصف منفعة أرضه ـ مثلاً ـ أو بنصف عينها على أن يشتغل بغرسها وسقيه إلى زمان كذا أو يستأجره للغرس والسقي إلى زمان كذا بنصف منفعة الأرض مثلاً (٢٥٢).

---

(٢٤٨) لأنه ﷺ قال في تعريف الأرش في المقام: «والمراد بالأرش تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه وهو كونه باقياً بأجرة ومستحقاً للقلع «بالأرش»، ولا ريب في أن أخذ المعرف (بالفتح) في المعرف (بالكسر) دور واضح كما لا يخفي.

(٢٤٩) فإن كان الغرس من المالك يستأجر العامل على العمل بنصف الغرس فقط مثلاً أو مع الأرض، وإن كان من العامل فيستأجر الأرض على أن يغرس فيها نصف الغرس مثلاً وهكذا.

(٢٥٠) أما المصالحة فتدور مدار تراضيهما كيف ما اتفقا عليه مع تحقق الشرائط الشرعية؛ وأما نحوهما فلم نعهد معاوضة تكون نحوهما في هذه الجهة، ولعل مراده ﷺ غيرهما كأن يبيع مالك الأرض حصة معينة من الأرض إلى العامل بأن يعمل العامل بشرط أن يكون له بعض الغرس أيضاً.

(٢٥١) ولو بأن يوكل أحدهما الآخر في أن كلما يشتريه من الفسيل يشتريه لهما بالاشتراك.

(٢٥٢) لكن لابد وأن يستوضح أن دليل بطلان المغارسة يدل على بطلانها مطلقاً حتى لو تعنونت بعنوان آخر أو يدل على البطلان فيما إذا كانت بعنوان

(مسألة ٣٧): إذا صدر من شخصين مغارسة ولم يعلم كيفيتها وأنـها على الوجه الصحيح أو الباطل بناءاً عـلى البـطلان يـحمل فـعلهما عـلى الصحة (٢٥٣) إذا ماتا أو اختلفا في الصحة والفساد.

خصوص المساقاة فقط، وعلى هذا لا وجه لهذه التكلفات لفرض شمول دليل المنع للجميع وعلى الثاني أيضاً لا وجه لها، لفـرض اخـتصاص دليـل المـنع بخصوص عنوان المساقاة فقط، ولا يشمل المغارسة فلا موضوع للمنع حتى يتكلف في دفعه.

(٢٥٣) بناء على جريان أصالة الصحة فيما إذا صدر عقد وتردد بين عنوانين بأحدهما يكون صحيحاً وبالآخر يكون فاسداً، ولا يبعد ذلك لأنها من الأصول الامتنانية التسهيلية وهما تقتضيان التوسعة في مجراها مهما وجد اليها سبيل.

فــروع

الأول: لا فرق في المساقاة بين أن يكون فـي بـلد واحـد أو فـي بـلاد متعددة، فإذا كان المالك له بساتين كثيرة في محال متعددة يجوز له أن يساقي شخص واحداً أو أشخاص لذلك لظهور العموم والإطلاق.

الثاني: لا يعتبر في المساقاة كون الشخص مالكاً للاشجار فكل من كانت له سلطة عليها بإجارة أو استعارة يجوز له أن يساقي شخصاً، وذلك للإطلاق والعموم.

الثالث: يجوز للحاكم الشـرعي أن يسـاقي عـلى الاشـجار النـابتة فـي الأراضي الخراجية بما يراه من المصلحة، وكـذلك لمـتولي الأوقـاف الخـاصة والعامة وذلك كله لولايتهم على ذلك، ولعموم الأدلة، كما يـجوز لولي اليـتيم ذلك أيضاً.

الرابع: لا فرق في مالك الأرض والمساقي بين أن يكونا مسلمين أو لا،

فالأقسام أربعة:

الأول: كون المالك والمساقي مسلمين.

الثاني: كونهما كافرين.

الثالث: المالك مسلم والمساقي كافر.

الرابع: عكس ذلك، فكل ذلك جائز للإطلاق والاتفاق، وما ورد في المزارعة[١] والمساقاة من النصوص[٢].

الخامس: يكره قطع الاشجار المثمرة لقول أبي عبدالله عليه السلام: «لا تقطعوا الثمار فيصب الله عليكم العذاب صباً»[٣]، المحمول على الكراهة جمعاً[٤] وإجماعاً.

والحمد لله رب العالمين والصلاة
والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين.

---

(١) راجع الوسائل باب: ١٢ من أبواب المزارعة.

(٢) الوسائل باب: ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة.

(٣) (٤) الوسائل باب: ٧ من أبواب المزارعة والمساقاة: ١ و٣.

تذنيـــب

في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام «من أراد أن يلقح النـخل إذا كـان لا يجوز عملها ولا يتبعل بالنخل فيأخذ حيتاناً صغاراً يابسة فيدقها بين الدقين ثم يذر في كل طلعة منها قليلاً ويصرّ الباقي في صرّة نظيفة ثم يجعله في قلب النخل ينفع بإذن الله تعالى»، وعن الصدوق في كتاب العلل بسنده عن عيسى بن جعفر العلوي عن آبائه عليهم السلام «أن النبي صلى الله عليه وآله قال: مرّ أخي عـيسى بمدينة فإذا في ثمارها الدود فسألوا إليه ما بهم؟ فقال عليه السلام: دواء هذا معكم وليس تعلمون أنتم قوم إذا غرستم الاشجار صـببتم التـراب وليس هكـذا يجب بل ينبغي أن تصبوا الماء في أصول الشجر ثم تصبوا التراب كي لا يقع فيه الدود فاستأنفوا كما وصف فأذهب عنهم ذلك»، وفـي خـبر عـن أحدهما عليه السلام قال: تقول إذا غرست أو زرعت «ومثل كلمة طيبة كشجرة طيبة أصلها ثابت وفرعها في السماء تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها»، وفي خبر آخر إذا غرست غرساً أو نبتاً فأقرأ على كل عود أو حبة «سبحان البـاعث الوارث» فإنه لا يكاد يخطئ إن شاء الله تعالى.

تم كتاب المساقاة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الضمان

وهو من الضمن (١)، لأنه موجب لتضمن ذمة الضامن للمال الذي

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله الذي ضَمِن لنا العفو
والإحسان والصلاة والسلام على مفخر الانسان
وآله الذين يصل الناس بهم إلى درجات الجنان.

(١) على ما هو المعروف بين الإمامية وتقتضيه جميع الاشتقاقات المتفرعة عنه في الاستعمالات المتعارفة المحاورية، ويتعدى بالتضعيف فيقال: «ضمنه المال» أي: الزمته إياه، وأما احتمال كون كل من الضمن والضمان أصلاً برأسه، والأول بمعنى الظرفية والثاني بمعنى التعهد فهو ساقط، لأن المراد بالظرفية والضمنية المعنى الأعم من الحقيقي والاعتباري والتعهد ليس إلا الظرفية الاعتبارية، فيكون احتمال الاستقلالية في الضمان لمعنى التعهد من لزوم ما لا يلزم.

والحق: أن الضمان أقسام ثلاثة:

الأول: الضمان المتعارف بحسب الغالب أي: اشتغال ذمة المضمون عنه بشيء وضمان شخص آخر له.

الثاني: ما له معرضية قريبة للثبوت وهو واقع فى الخارج كثيراً عند الناس.

على المضمون له، فالنون فيه أصلية كما يشهد له سائر تصرفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما، وما قيل (٢) من احتمال كونه من الضم فيكون النون زائدة (٣) واضح الفساد إ ذ مع منافاته لسائر مشتقاته (٤) لازمه كون الميم مشددة (٥). وله إطلاقان (٦)، إطلاق بالمعنى الأعم

الثالث: تعهد والتزام من شخص بوفاء ما ثبت لشخص آخر، والكل صحيح بلا إشكال للإطلاق وأصالة الصحة ويأتي تفصيل كل من الأقسام في مستقبل الكلام.

ثم أنه لا يخفى أن الضمان مصدر وهو تضمين رد العين أو مثله أو قيمته أو غير ذلك مما يعتبر في المتعارف، والمضمون عنه هو المديون والمضمون له هو الدائن والضامن هو مَن يقوم به عقد التضمين.

(٢) نسب ذلك إلى أكثر العامة، وعن بعض اللغويين أنه غلط.

(٣) لقاعدة: «ان كل ما ليس في المصدر فهو زايد».

(٤) لوجود الـ (نون) في جميع المشتقات وفي جميع الاستعمالات المحاورية الصحيحة، واحتمال كونه من الاشتقاقات الكبيرة.

فاسد: لعدم تعارفه في الاستعمالات المتعارفة وانما يصار لأجل الضرورة كما هو معروف من طريقة الادباء.

(٥) وإلا يكون الفعل ثنائياً وهو باطل باتفاق اللغويين.

(٦) الظاهر أنه ليس للفقهاء فيه اصطلاح خاص زائد على ما هو المنسبق من هذا اللفظ في العرف فينسبق منه ..

تارة: المعنى العام.

وأخرى: المعنى الخاص، والاختلاف انما هو بحسب القرائن الخارجية والجامع انما هو الضمنية الذمية التي يصح التعبير عنها بـ «العهدة» و«التعهد» أيضاً، فالتعهد إن كان بالنفس يسمى «كفالة» أيضاً، وإن كان بالمال ممن ليس

الشامل للحوالة والكفالة أيضاً فيكون بمعنى التعهد بالمال أو النفس، وإطلاق بالمعنى الأخص وهو التعهد بالمال عيناً أو منفعة أو عملاً (٧) وهو المقصود من هذا الفصل.

ويشترط فيه أمور:

أحدها: الايجاب (٨)،

عليه يسمى «ضماناً» بالمعنى الأخص، ويدخل فيه «ضمان الأعيان» بناء على صحته، وإن كان ممن عليه مال يسمى بـ«الحوالة» هذا بحسب الغالب وإلا فالحوالة على البريء يصح كما يأتي في محله، فالضمان المبحوث عنه في المقام: «تعهد بمال ثابت في ذمة شخص لآخر»، وهذا هو معناه لغة وعرفاً وشرعاً.

(٧) كما إذا آجر شخص نفسه لآخر لعمل من بناء أو خياطة أو نحوهما فيصح اعتبار المالية في العمل فيضمنه شخص ثالث.

(٨) الاحتمالات في الضمان ثبوتاً ثلاثة:

الأول: كونه عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول كما ينسب إلى ظاهر المشهور.

الثاني: كفاية احراز رضاء المضمون له ولو لم يقبل ظاهراً.

الثالث: عدم الاحتياج إلى احراز رضاء المضمون له أصلاً فضلاً عن قبوله، بل يكون منعه مانعاً عن حصول التعهد الضماني لا أن يكون احراز رضاه شرطاً.

نعم، بعض أحكام الضمان متوقف على اذنه كما يأتي في (مسألة ١٢)، ويمكن توجيه الأخير بأن الضمان من سنخ الوفاء والأداء فهو من المعاني الإيقاعية لا العقدية المتقومة حقيقتها بالإيجاب والقبول.

نعم، بعض أحكامه مترتب على رضاء المضمون له وإذنه وليس ذلك

ويكفي فيه كل لفظ دال (٩) بل يكفي الفعل(١٠) الدال ـ ولو بضميمة القرائن ـ على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

والثاني: القبول من المضمون له، ويكفي فيه أيضاً كل ما دل على ذلك من قول أو فعل، وعلى هذا فيكون من العقود (١١) المفتقرة إلى

داخلاً في حقيقته وقوامه، وحيث أنه مع عدم إذن المضمون له فيه معرضية التخاصم والتشاجر نسب إلى المشهور إطلاق اعتبار القبول وإلا فهو خارج عن حقيقته، ويأتي في المسائل الآتية إن حقيقة الضمان «تعهد مال لحفظ اعتبار المضمون عنه وشأنه وحيثيته».

(٩) ولو بالقرائن العرفية المعتبرة كما أثبتناه غير مرة في موارد مختلفة فراجع كتاب البيع.

(١٠) لأن الظهور الفعلي حجة معتبرة لدى العقلاء كالظهور القولي ما لم يرد دليل معتبر على الخلاف وهو مفقود في المقام، ومر تحقيق ذلك في المعاطاة، والظهور الفعلي في المقام كما إذا كان على عاتق المضمون له حمل فرفعه الضامن وجعله على عاتق نفسه أو نحو ذلك من الأفعال المقرونة بالقرائن المعتبرة.

(١١) نسب ذلك إلى المشهور، وعن جامع المقاصد دعوى الإجماع عليه، ويظهر من الخلاف عدم اعتبار رضاء المضمون له فضلاً عن قبوله، فلا وجه لدعوى الإجماع حينئذٍ.

وتنقيح البحث ..

تارة: بحسب الأصل.

وأُخرى: بحسب الاعتبار.

وثالثة: بحسب الاستظهار من الأدلة.

ورابعة: بحسب كلمات الأجلة.

أما الأولى: فمقتضى الأصل عدم ترتب الاثر بدون رضاء المصمون له ـ سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً ـ لكن صدور عنوان الضمان عن الضامن وإقدامه عليه وكونه كالأداء والوفاء مع كونه موثوقاً به كالأمارة التي يسقط معها هذا الأصل والشك في جريان الأصل مع هذا الاقدام يكفي في عدم جريانه فلا وجه للتمسك به.

أما الثانية: فإذا تحقق الضمان عن الضامن، وكان ضماناً معتبراً لدى العرف يرى متعارف الناس كون المال على عاتق الضامن ويحكمون بأن حق المطالبة للمضمون له بالنسبة إلى الضامن دون المضمون عنه، لإقدامه على ذلك باختياره فيرون انتقال الحق بمجرد إقدام الضامن، ويقولون للمضمون له ليس لك الرجوع إلى المضمون عنه إذا لم يكن محذور في البين من اهانة أو نحو ذلك على المضمون له.

أما الثالثة: فعمدة ما استدل به على اعتبار رضى المضمون له صحيح ابن سنان عن الصادقعليه السلام: «في رجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقالعليه السلام: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»(١)، وهذا الصحيح يحتمل معنيان.

الأول: أن يكون في مقام بيان اشتراط رضاء المضمون له.

الثاني: أن يكون في مقام بيان كون الضمان ضماناً معتبراً من شخص موثوق به، والمنساق منه هو الثاني، وعلى فرض الأول فليس لاعتباره موضوعية خاصة وإنما هو طريق لإحراز الاطمينان العرفي بالاداء، مع أنه مع وجود الاحتمال الثاني لا وجه للجزم بالأول مع ظاهر خبر أبي سعيد الخدري، قال: «كنا مع رسول اللهصلى الله عليه وآله في جنازة، فلما وضعت قالصلى الله عليه وآله: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، درهمان، فقالصلى الله عليه وآله: صلّوا على صاحبكم، فقال عليعليه السلام: هما عليّ يا رسول اللهصلى الله عليه وآله وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله صلى الله عليه وآله صلى عليه ثم أقبل

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب أحكام الضمان: ١.

الإيجاب والقبول، كذا ذكروه، ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول على حد سائر العقود اللازمة بل يكفي رضى المضمون له سابقاً أو لاحقاً(١٢) كما عن الايضاح والأردبيلي، حيث قالا يكفي فيه الرضا ولا يعتبر القبول العقدي، بل عن القواعد وفي اشتراط قبوله احتمال، ويمكن استظهاره من قضية الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله أن يصلي عليه حتى ضمنه علي عليه السلام (١٣)، وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاة وسائر ما يعتبر في قبولها (١٤)، وأما رضى المضمون

على علي عليه السلام فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»[١]، وفي خبر جابر ابن عبدالله: «أن النبي صلى الله عليه وآله كان لا يصلي على رجل عليه دين فأُتي بجنازة، فقال: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم ديناران، فقال صلى الله عليه وآله: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله صلى الله عليه وآله، قال: فصلي عليه فلما فتح الله على رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالاً فلورثته، ومن ترك ديناً فعليّ»[٢].

وأما الأخير: فليس في المسألة إجماع يصح الاعتماد عليه على اعتبار أصل رضاء المضمون له فضلاً عن قبوله.

(١٢) المعتبر هو تحقق الوفاء ولو مع عدم رضاء المضمون له إذا لم يكن حرج وضرر في البين كما يأتي.

(١٣) تقدم ذكره فراجع.

(١٤) لعدم الموضوع لها على ما بيناه فيكون الحكم بلا موضوع فالضمان من سنخ المعاني الإيقاعية لا قبول فيه كما في ضمان النفس المعبر عنه بـ «الكفالة»، فلا وجه للبحث عن القبول فضلاً عن شرائط العقد، والظاهر أن هذا

---

(١) (٢) الوسائل باب: ٣ من أبواب أحكام الضمان ٢و٣.

عنه فليس معتبراً فيه (١٥) إذ يصح الضمان التبرعي فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرعاً حيث لا يعتبر رضاه، وهذا واضح فيما لم يستلزم الوفاء أو الضمان عنه ضرراً عليه أو حرجاً من حيث كون تبرع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه كما إذا تبرع وضيع ديناً عن شريف غني قادر على وفاء دينه فعلاً (١٦).

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً، فلا يصح ضمان الصبي وإن كان مراهقاً (١٧) بل وإن أذن له الولي على إشكال (١٨)، ولا ضمان

المعنى في الجملة مرتكز في أذهان جميع الفقهاء من خاصتهم وعامتهم، والخلط انما حصل من ملاحظة بعض أحكام الضمان مع أصل موضوعه وهو كثير بينهم رحمهم الله كما لا يخفى على الخبير المتتبع، ويأتي في أول كتاب الحوالة بعض ما ينفع المقام.

(١٥) للأصل، والإطلاق، والاتفاق، وما يذكره قدس سره بعد ذلك تبعاً لغيره من الفقهاء.

(١٦) فمقتضى قاعدة «نفي الحرج» و«الضرر» اعتبار رضاه حينئذٍ.

(١٧) لدعوى الإجماع عن جمع عليه، وقد تقدم في بطلان بيع الصبي ما ينفع المقام فراجع.

(١٨) لأن الدليل إن كان هو الإجماع فالمتيقن منه غير هذه الصورة، وإن كان غيره فقد أشكلنا عليه في كتاب البيع[1]، فراجع، وعلى فرض تماميتها فهي منصرفة عن صورة إذن الولي؛ وكون الصبي مميزاً، بل يمكن استفادة الجواز والصحة عن الآية الكريمة: **﴿وابتلوا اليتامى. حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾**[2]، وكذا خبر السكوني عن الصادق عليه السلام:

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة: ٢٧١.

(٢) سورة النساء: ٦.

المجنون(١٩) إلا إذا كان إدوارياً في دور إفاقته (٢٠)، وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً (٢١)، وأما المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك (٢٢) فيصح كونه صغيراً أو مجنوناً.

نعم لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض (٢٣).

الرابع: كونه مختاراً فلا يصح ضمان المكره (٢٤).

«نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإماء فأنها إن لم تجد زنت إلا امة قد عرفت بصنعة يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإن لم يجد سرق»[١]، وقد تقدم فروض أحكام الصبي في بعض المباحث السابقة[٢].

(١٩) لاتفاق الفقهاء ـ بل العقلاء ـ على أنه مسلوب العبارة والفعل.

(٢٠) لوجود المقتضي حينئذٍ وفقد المانع فتشمله الأدلة بلا مدافع.

(٢١) بناء على المشهور من اعتبار رضاه إذ لا اعتبار برضاء الصبي والمجنون، وتقدم التفصيل فلا وجه للإعادة بالتكرار.

(٢٢) للأصل والإطلاق، والاتفاق بعد عدم دخالة رضاه في قوام الضمان بوجه إلا فيما مر من مورد الضرر والحرج.

(٢٣) لمكان الحجر عليهما فلا ينفع أذنهما.

(٢٤) للإجماع؛ ولما دل على رفع الإكراه[٣]، الظاهر في الرفع المطلق حتى السببية خصوصاً بملاحظة صحيح البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام: «في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال عليه السلام: لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا»[٤]، وكذا الكلام في المضمون له بناء على اعتبار قبوله.

---

(١) الوسائل باب: ٣٣ من أبواب ما يكتسب به حديث: ١.

(٢) راجع ج: ١٦ صفحة: ٢٧٣.

(٣) الوسائل باب: ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٤) الوسائل باب: ١٢ من أبواب الإيمان: ١٢.

الخامس: عدم كونه محجوراً لسفه (٢٥) إلا بإذن الولي (٢٦)، وكذا المضمون له (٢٧)، ولا بأس بكون الضامن مفلّساً (٢٨) فإن ضمانه نظير اقتراضه فلا يشارك المضمون له مع الغرماء (٢٩)، وأما المضمون له فيشترط عدم كونه مفلّساً (٣٠) ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً (٣١)، لكن لا ينفع إذنه في جواز الرجوع عليه (٣٢).

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذون من قبل مولاه على المشهور (٣٣) لقوله تعالى ﴿لا يقدر على شيء﴾ (٣٤)، ولكن لا يبعد

---

(٢٥) لأن حجره مانع عن التصرف في ماله وفي ذمته.

(٢٦) على ما يأتي في كتاب الحجر.

(٢٧) بناء على اعتبار قبوله ورضاه إذ لا أثر للرضاء والقبول مع الإكراه والحجر لما مر.

(٢٨) لأن الضمان تصرف في ذمته وعهدته لا في ماله.

(٢٩) لأن المال صار مورد حق الغرماء واختصوا به فلا يشاركهم غيرهم إلا برضائهم.

(٣٠) لعدم ترتب الأثر على رضاء المحجور عليه وقبوله هذا بناء على اعتبارهما فيه وإلا فلا موضوع لاشتراط هذا الشرط فيه.

(٣١) ما لم يكن الضمان حرجاً وضرراً عليه وإلا فلابد من مراجعة وليه في الأول ومراعاة إذنه في الثاني.

(٣٢) مادام الحجر باقياً في المفلس وأما بعد زواله فلا محذور في الرجوع عليه.

(٣٣) واختاره الشهيدان والمحققان وحكي عن المبسوط أيضاً.

(٣٤) والضمان شيء فلا يقدر عليه خصوصاً بقرينة صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن كان

صحة ضمانه وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق كما عن التذكرة والمختلف، ونفي القدرة منصرف عما لا ينافي حق المولى (٣٥)، ودعوى أن المملوك لا ذمة له كما ترى (٣٦) ولذا لا إشكال في ضمانه لمتلفاته، هذا وأما إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحة ضمانه (٣٧)، وحينئذٍ فإن عين كونه في ذمته لنفسه أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتبع(٣٨) وإن أطلق الإذن ففي كونه في ذمة المولى، أو في كسب المملوك أو في ذمته يتبع به بعد عتقه.

السيد زوجّه، بيد مَن الطلاق؟ قال عليه السلام: بيد السيد **﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾**[1]، ويأتي في كتاب الطلاق أن هذا انما هو فيما إذا تزوج العبد أمة سيده، وأما إذا تزوج حرة أو أمة غير سيده فالطلاق بيده لا بيد سيده وهذا تخصيص في الصحيح ولا بأس به.

(٣٥) وفيه: أنه يمكن الإشكال عليه بأن المنساق من الآية الكريمة[2]، أن حيثية المملوكية هي المناط لنفي القدرة فنفي القدرة مطلق مادامت المملوكية باقية إلا ما خرج بالدليل المخصوص وهو مفقود في المقام؛ ومن ذلك يظهر فساد ما عن بعض من أن متعلق القدرة أنما هو المال، لما قلناه من أن مناط سقوط القدرة المملوكية وهي تعم المال وغيره.

(٣٦) لم نظفر على صاحب هذه الدعوى، وعلى فرض وجوده لا دليل له بل لعله خلاف الوجدان.

(٣٧) لوجود المقتضي وفقد المانع، مضافاً إلى الإجماع.

(٣٨) ولا نزاع لأحد ظاهراً في لزوم اتباع القرينة مع وجودها وظاهرهم مسلمية الحكم لديهم حينئذٍ، ويقتضيه عموم أدلة لزوم الوفاء بالشرط.

---

(١) الوسائل باب: ٤٢ من أبواب مقدمات الطلاق: ١.

(٢) سورة النحل: ٧٥.

أو كـــونه مـتعلقاً بـرقبته، وجـوه وأقـوال، أوجـهها الأول لانـفهامه عرفاً(٣٩) كما في إذنه للاستدانة لنفقته أو لأمر آخر وكـما فـي إذنـه فـي التزويج حيث إن المهر والنفقة عـلى مـولاه، ودعـوى الفـرق (٤٠)، بـين الضمان والاستدانة بأن الاستدانة موجبة لمـلكيته، وحـيث إنـه لا قـابلية له(٤١) لذلك يستفاد منه كونه على مولاه بخلاف الضـمان حـيث إنـه لا ملكية فيه، مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية وعلى فرضه أيضاً لا يكـون

---

(٣٩) الظاهر اختلاف ذلك باختلاف الموالي والعبيد وسـائر الجـهات، والنزاع في مثله صغروي لا أن يكون كبروياً، ومقتضى ما ارتكز في الأذهان من أن الإذن في الشيء إذن في لوازمه هو صحة رجوع العبد إلى المولى فيما ضمن بإذنه، ولا تصل النوبة حينئذٍ إلى أن ذلك يرجع إلى التوكيل في الضـمان عـن المولى حتى يرد عليه إشكال صاحب الجـواهـرﷺ، بـل يكـون مـعنى ذلك: «إضمن أنت وأنا أعطيك مال الضمان»، ولا محذور فيه هذا مع صحة الانفهام عرفاً.

وأما مع الشك فيه فالظاهر تعلقه بذمته بعد اعتبار الذمة، لأنه المنساق منه عرفاً، والتعلق بالكسب أو الرقبة يـحتاج إلى عـناية خـاصة ومـقتضى الأصـل والاعتبار عدمها إلا مع وجود قرينة معتبرة في البين.

وبالجملة: الذمة أوسع الاشياء وأعمها تقدم على غيرها إلا مـع القـرينة على الخلاف.

وتوهم: أن الانفهام العرفي إنما هو بالنسبة إلى الأداء دون اشتغال الذمة.

فاسد، لأن المتفاهم العرفي من الأداء إنما هو عن تعهد ذمـي لا مـجرد الأداء ولو بأن يرجع إلى العبد بعد ذلك.

(٤٠) هذه الدعوى لصاحب الجواهر.

(٤١) بعد ثبوت القابلية له للملكية كما مر في الزكوة لا وجه لهذه الدعوى.

فارقاً بعد الانفهام العرفي (٤٢).

السابع: التنجيز، فلو علق الضمان على شرط كأن يقول: «أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي»، أو «أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً» (٤٣).

بطل على المشهور (٤٤)، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة إلا دعوى الإجماع في كلي العقود (٤٥) على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير (٤٦).

---

(٤٢) مع ثبوته وعدم القرينة على الخلاف.

(٤٣) يمكن أن يكون هذا المثال خارجاً عن التعليق الممنوع لأنه تعليق على مقتضى العقد، وحيث ان عمدة الدليل على المنع الإجماع يمكن أن يقال أن المتيقن منه غير هذه الصورة.

(٤٤) أرسلوا ذلك إرسال المسلمات الفقهية في العقود والايقاعات إلا ما خرج بالدليل كالتدبير والنذر المعلق والوصية التمليكية.

(٤٥) تعرضنا له في البيع[1] وغيره.

(٤٦) هذا من احدى الوجوه التي استدلوا بها على عدم صحة التعليق في الانشاآت مطلقاً، عقداً كان أو إيقاعاً.

وخلاصته: أن الأثر لا ينفك عن المؤثِر، والمؤثِر فعلى فلابد وأن يكون الأثر كذلك، وهذا معنى قولهم: «إن الوجود لا ينفك عن الإيجاد».

وبطلان هذا الدليل واضح لأن الانشاء فيه جهتان:

الأولى: أنه لفظ من اللافظ، ولا ريب في أنه معلول التلفظ ويوجد في الخارج بمجرد إرادة المتلفظ.

---

(١) راجع ج: ١٦ صفحة: ٢٧٤.

أو دعوى منافاة التعليق للانشاء (٤٧)، وفي الثاني ما لا يخفى (٤٨)، وفي الأول منع تحققه في المقام (٤٩)، وربما يقال لا يجوز تعليق الضمان ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً (٥٠)، وفيه أن تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ولا يعقل التفكيك (٥١).

الثانية: المعنى القائم بهذا اللفظ، ولا ريب في أن المعنى تابع لكيفية إرادة المتكلم به .

فتارة: يريده مطلقاً.

وأُخرى: معلقاً على شيء وكل منهما انشاء عرفاً فهو من هذه الجهة مثل الاخبار ..

فتارة يقال: «قام زيد».

وأُخرى: يقال: «يقوم زيد إن جاء عمرو» وكل منهما إخبار، وقد تعرضنا في اعتبار التنجيز في البيع ما ذكر في وجه اعتباره وأشكلنا على الجميع فراجع.

(٤٧) هذا عبارة أُخرى عن الوجه الأول.

ويرد عليه ما أوردنا عليه بلا فرق بينهما فلا وجه للتكرار.

(٤٨) لما مر في سابقه آنفاً إذ لا فرق بين الدليلين بحسب الواقع.

(٤٩) الظاهر عدم الفرق بين المقام وغيره بعد إطلاق معقد إجماعهم على عدم صحة التعليق في العقد والإيقاعات مطلقاً.

(٥٠) يظهر ذلك من الرياض.

(٥١) التفكيك واقع فكيف لا يعقل لما سيأتي في (مسألة ٧) من ضمان دين الحال مؤجلاً وبالعكس ولا وجه للتفكيك إلا هذا، فراجع وتأمل فالتفكيك واقع وصحيح ولعله يساعد الأذهان العرفية على صحة التفكيك أيضاً، فقد أثبتنا غير مرة أن هذه الأمور عرفيات لم يخطأه الشارع، ويمكن الاختلاف بالجهة فيكون الضمان من جهة فعلياً ومن جهة أُخري معلقاً ولا بأس به أيضا.

نعم، في المثال الثاني يمكن أن يقال بإمكان تحقق الضمان منجزاً مع كون الوفاء معلقاً على عدم وفاء المضمون له، لأنه يصدق أنه ضمن الدين(٥٢).

على نحو الضمان في الأعيان المضمونة (٥٣) إذ حقيقته قضية تعليقية، إلا أن يقال بالفرق بين الضمان العقدي والضمان اليدي (٥٤).

الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه (٥٥)،

---

(٥٢) أشكل عليه ..**أولاً:** بأنه خلاف ظاهر المثال الثاني.

وثانياً:بأنه من ضم ذمة إلى ذمة أُخرى.

وفيه: أن الأول من مجرد المناقشة اللفظية والثاني ليس من ضم ذمة إلى ذمة أُخرى لأن الضم الممنوع انما هو فيما إذا لوحظ كل واحد من الذمتين مستقلاً ولوحظ ضم كل واحد منهما إلى الآخر فيتحقق ضم ذمة إلى أُخرى، وأما في المثال الثاني فلوحظ ذمة المديون كالعدم ففي فرض عدمه انشأ الضامن الضمان لنفسه فلا موضوع لضم ذمة إلى ذمة أُخرى.

(٥٣) يأتي تفصيله في (مسألة ٣٨) ونبين هناك أن الضمان فيها أيضاً فعلي.

نعم، له أحكام تعليقية لا أن يكون ذات الضمان من حيث هو تعليقياً وفرق واضح بينهما كما لا يخفى، ويصح أن يجعل لضمان الدين أيضاً أحكاماً تعليقية.

(٥٤) الفرق بينهما واضح، اذ الأول انشائي والثاني وضعي ولكل منهما أحكام وآثار.

نعم، بناءً على نظره قدس سره يكون ضمان العين تعليقياً، وأما بناءً على التحقيق فالضمان فيه أيضاً فعلي وله حكم تعليقي ولا محذور فيه من عقل أو نقل.

(٥٥) أرسلوا ذلك إرسال المسلمات الفقهية في متون الفقه وشروحها ولا

سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه أو متزلزلاً كأحد العوضين في البيع الخياري، كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع أو المبيع الكلي للمشتري أو المبيع الشخصي قبل القبض (٥٦)، وكالمهر قبل الدخول ونحو ذلك (٥٧) فلو قال أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئة وأنا ضامن لم يصح على المشهور، بل عن التذكرة الإجماع قال: لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصح إجماعاً (٥٨)، ولكن ما ذكروه

بأس بكونه من الإجماع.

(٥٦) الظاهر عدم كونه قابلاً للضمان لأن كون «تلف المبيع قبل قبضه من مال بايعه» أما حكم شرعي أو من تبعات المعاوضة القائمة بخصوص المتعاوضين فلا يقبل الاسقاط ولا النقل والانتقال.

(٥٧) لشمول ظاهر كلماتهم للجميع بلا استثناء منهم لشيء من ذلك .

(٥٨) الوجوه التي استدل بها على المنع ثلاثة: الإجماع، وعدم صدق الضمان عليه، وأنه من ضمان ما لم يجب.

ويمكن الخدشة في الكل أما الإجماع فهو من اجتهاداتهم وأنظارهم الشريفة في المسألة لا أن يكون تعبدياً، مع أنه لا دليل لهم على استثناء الفروع الآتية وهو من موهنات الإجماع أيضاً.

وأما عدم صدق الضمان عليه فإن أريد به الاستعمال الغالبي فهو مسلم، لأن الغالب في استعماله انما هو في مورد اشتغال ذمة المضمون عنه فعلاً، وأما إن أريد به تقوم حقيقة الضمان به فهو ممنوع، بل هو تعهد مال عن شخص سواء كان ثابتاً فعلاً أو في معرض الثبوت عرفاً بحيث كان كالثابت بحسب المتعارف بين الناس، ولمعرضية الثبوت مراتب متفاوتة بُعداً وقرباً بالنسبة إلى تحقق اشتغال الذمة وثبوته ولعله لا يساعد العرف على صدقه بالنسبة إلى بعض مراتبه البعيدة.

من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية (٥٩)، ويمكن أن يقال بالصحة إذا حصل المقتضي للثبوت وإن لم يثبت فعلاً بل مطلقاً، لصدق الضمان وشمول العمومات العامة وإن لم يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن منع عدم كونه منه أيضاً (٦٠).

التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه بمثل الدين الذي عليه على ما يظهر من كلماتهم (٦١) في بيان الضمان بالمعنى الأعم حيث قالوا إنه بمعنى التعهد بمال أو نفس، فالثاني الكفالة، والأول إن كان ممن عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخص، ولكن لا دليل على هذا الشرط (٦٢) فإذا ضمن للمضمون

وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فمن منع عنه إنما هو في المعرضية البعيدة وهو المتيقن من الإجماع، ومَن يجوزه أي: في المعرضية القريبة العرفية بحيث يكون كالثابت.

وأما الأخير فهو عين المدعى كما لا يخفى وحقيقة الضمان في الواقع انما هو جعل اعتبار للمضمون عنه لئلا يضيع شأنه وحيثيته بين الناس، وبهذا المعنى يشمل الدين الثابت وغيره.

(٥٩) تعرض لبعضها في (مسألة ٣٣).

(٦٠) تقدم أن الضمان بحسب العرف على أقسام ثلاثة وأن حقيقة الضمان تعهد مالي عن شخص نتيجته حفظ اعتبار المضمون عنه وشأنه، وهذا متحقق في جميع ماله معرضية الثبوت معرضية عرفية ففعلية المال تلحظ في طرف الضامن من حيث تعهده له لا في طرف المضمون عنه، ويأتي في (مسألة ٢٨) ما يرتبط بالمقام.

(٦١) كما عن جمع منهم المحقق والعلامة.

(٦٢) بل الأصل والإطلاق ينفيه، مع أن هذا التقسيم لا يتم بناء على صحة

عنه(٦٣) بمثل ما له عليه يكون ضماناً، فإن كان بإذنه يتهاتران (٦٤) بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى الذي للمضمون عنه عليه وتفرغ ذمته مما عليه بضمان الضامن تبرعاً، وليس من الحوالة لأن المضمون عنه على التقديرين لم يحل مديونه (٦٥) على الضامن حتى تكون حوالة، ومع الإغماض عن ذلك غاية ما يكون أنه يكون داخلاً في كلا العنوانين (٦٦) فيترتب عليه ما يختص بكل منهما مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

الحوالة على البريء كما يأتي في (مسألة ٥) من كتاب الحوالة.

(٦٣) أي ضمن عن المضمون عنه.

(٦٤) مع تحقق شرائط التهاتر كما يأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

(٦٥) أي : دائنه وحاصل الكلام أن الضمان والحوالة عنوانان مختلفان عرفاً ولغة وشرعاً، لتقوم الحوالة بالمحيل والمحال عليه بخلاف الضمان فإنه متقوم بالضامن كما قلناه والمضمون له متفرع عليه.

وأما الفرق بينهما باختصاص الحوالة بالمديون للمحيل واختصاص الضمان بالبريء فلا دليل عليه من عقل أو نقل بل الإطلاقات والعمومات والأصل ينفي ذلك كله.

نعم، ما ذكروه هو الغالب لا أن يكون من المقومات الحقيقية وكم اشتبه القيود الغالبية بالمقومات الحقيقية في كلماتهم الشريفة؟.

(٦٦) ولا محذور فيه بعد صحة صدقهما عرفاً إذ الآثار مترتبة على الصدق العرفي فيترتب عليه الأثر المشترك كما يترتب عليه الآثار المختصة، وليس ذلك بعادم النظير في الفقه.

وتوهم: أن الحوالة والضمان متباينان مفهوماً لا يمكن اجتماعهما في الواحد من مجرد الدعوى بلا دليل، ولو فرض كونهما متباينان وتصادقهما على واحد بالاعتبار مما لا إشكال فيه.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه عند الضامن (٦٧) على وجه يصح معه القصد إلى الضمان (٦٨)، ويكفي التميز الواقعي (٦٩) وإن لم يعلمه الضامن، فالمضر هو الإبهام والترديد، فلا يصح ضمان أحد الدينين (٧٠) ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد مع فرض تحقق الدينين، ولا ضمان دين أحد الشخصين ولو لواحد، ولا

---

(٦٧) بإجماع العقلاء فضلاً عن الفقهاء.

(٦٨) لأن المبهم والمردد لا وجود له خارجاً ولا ذهناً، اذ الوجود مطلقاً ـ ذهنياً كان أو خارجياً ـ مساوق للتشخص فلا تترتب آثار العقود والايقاعات مطلقاً على المبهم والمردد.

هذا في المردد الواقعي المستقر ومن كل جهة، وأما ما كان في معرض التعيين فيأتي الكلام فيه.

(٦٩) للأصل والإطلاق، وعدم دليل على اعتبار أزيد من ذلك.

(٧٠) البطلان في هذا النحو من الترديد مشهور بين الفقهاء في المقام وفي البيع.

والإجارة عند قولهم المعروف:«إن خطته فارسياً فبدرهم وإن خطته رومياً فبدرهمين»، ونظائرهما ولنا فيه كلام تعرضنا له مكرراً؛ لأن الترديد على قسمين:

الأول: ما إذا كان مستقراً بحيث لم يكن مفاد العقد مضبوطاً عند متعارف الناس ولا ريب في بطلانه.

الثاني: ما إذا كان في معرض التعيين العرفي وكان بناء متعارف الناس الاقدام عليه فلا دليل على البطلان في مثل هذا النحو من الترديد، لأن عمدة الدليل على هذا الشرط في الجميع دعوى الإجماع وعدم الاقدام من الناس، والمتيقن من الأول صورة الترديد المستقر، والثاني مفروض الانتفاء لفرض

ضمان دين لأحد الشخصين ولو على واحد (٧١) ولو قال ضمنت الدين الذي على فلان ولم يعلم أنه لزيد أو لعمرو، أو الدين الذي لفلان ولم يعلم أنه على زيد أو على عمرو صح، لأنه متعين واقعاً (٧٢)، وكذا لو قال ضمنت لك على الناس، أو قال ضمنت عنك كلما كان عليك لكل من كان من الناس (٧٣).

ومن الغريب ما عن بعضهم (٧٤) من اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب، أو العلم باسمهما ونسبهما، مع أنه لا دليل

ثبوت الاحترام من متعارف الناس وطريق الاحتياط واضح.

وبعبارة أُخرى: ما يؤل إلى التعيين مثل التعيين الواقعي في المقام وهم يقولون بكفاية التعيين الواقعي ولو لم يكن معيناً ظاهراً كما يأتي منه رحمه الله.

(٧١) كل ذلك إذا لم يكن في معرض التعيين القريب العرفي.

(٧٢) إذا كان المناط هو التعين الواقعي وما هو في معرض التعين فيصح في الموردين الأولين مع تحقق سائر الشرائط.

(٧٣) لأنه من الكلي الاستغراقي وهو معلوم في مقابل الإبهام والترديد، لأنه مثل ما إذا قال: «أضمن جميع ديونك»، ولا ريب في صحته عرفاً وعدم مانع عنه شرعاً فتشمله الإطلاقات والعمومات.

(٧٤) نسب ذلك إلى المبسوط. والحق أن يقال: إن الضمانات على قسمين:

الأول: ما هو المعروف الذي ليس في معرض التشاجر والتخاصم عرفاً ولا يعتبر فيه شيء سوى ما مر.

الثاني: ما إذا كان في معرض ذلك ويعتبر في الثاني ضبط جميع الخصوصيات والجهات دفعاً للخصومة واللجاج وتسهيلاً لموضوع حكم الحاكم لو رجع إليه، مع أن العرف يبادرون إلى ذلك في هذا القسم وقد وقع

عليه أصلاً (٧٥)، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرة من سائر العقود (٧٦).

(مسألة ١): لا يشترط في صحة الضمان العلم بمقدار الدين، ولا بجنسه (٧٧) ويمكن أن يستدل عليه ـ مضافاً إلى العمومات العامة، وقوله صلى الله عليه وآله «الزعيم غارم» (٧٨) ـ بضمان علي بن الحسين عليهما السلام لدين عبدالله بن

الخلط بين القسمين في كلمات الاعلام.

(٧٥) بل مقتضى الأصل والإطلاق عدمه إلا في ما تقدم مما إذا كان معرضاً للخصومة واللجاج، ويشهد لعدم الاعتبار ضمان علي عليه السلام وأبي قتادة لدين الميت[1]، مجملاً بمرئ من النبي صلى الله عليه وآله ومحضره بلا تعرض منهما لأي خصوصية.

(٧٦) لا نسلم كونه أضيق دائرة من سائر العقود فقد وسع فيه من جميع الجهات؛ لصحة المعاطاة والفضولي فيه، وكذا النسية والسلف والتولية والمرابحة والمواضعة والمساومة.

وانحاء الخيار التي ربما تبلغ أربعة عشر قسماً، فالبيع أم العقود وأصلها وأوسع دائرة من جميعها، وأعم ابتلاء لعامة الناس من جميعها، وما كان كذلك لابد وأن يوسع فيه الشرع بكل ما أمكنه كما هو عادته المقدسة فيما هو مورد ابتلاء العامة.

(٧٧) نسب ذلك إلى أكثر الأصحاب، للإطلاقات والعمومات بعد صدق الضمان عرفاً عليه.

(٧٨) هذا النبوي مذكور في كتب القوم وهو من جوامعه صلى الله عليه وآله وتمام الحديث: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم»[2]،

---

(١) تقدم في صفحة: ٢١٦.

(٢) سنن أبي داود باب ٨٨ في تضمين العارية من كتاب البيوع حديث: ٣٥٦٥ وفي مستدرك الوسائل باب: من ابواب الضمان.

الحسن، وضمانه لدين محمد بن أسامة (٧٩) لكن الصحة مخصوصة بما

وإطلاقه يشمل جميع أقسام الضمان مطلقاً إلا ما خرج بالدليل، وأما خبر ابن خالد قال: «قلت لأبي الحسنعليه السلام: جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم، فقالعليه السلام: ليس على الضامن غرم الغرم على أكل المال»[1]، فيمكن الجمع بينهما بحمل النبوي على ما إذا وقع الضمان بلا إذن المضمون عنه، أو حمله على الغرم غير المستقر وحمل خبر ابن خالد على الغرم المستقر فالنبوي أثبت الغرم غير المستقر والخبر نفي الغرم المستقر فإن الضامن يرجع إلى المضمون عنه فلا وجه لطرح النبوي.

(٧٩) أما الأول فعن الفقيه قال: «روى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع إليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم، فقال لهم: ما عندي ما أعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسينعليهما السلام أو عبدالله بن جعفر، فقال الغرماء: أما عبدالله بن جعفر فملّي مطول، وأما علي بن الحسين فرجل لا مال له صدوق وهو أحبهما الينا فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقالعليه السلام: أضمن لكم المال إلى غلة، ولم يكن له غلة، فقال القوم: قد رضينا، فضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه»[2].

وأما الثاني: في خبر فضيل وعبيد عن الصادقعليه السلام قال: «لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم وعليّ دين فأحب أن تقضوه عني، فقال علي بن الحسينعليه السلام: ثلث دينك عليّ، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسينعليه السلام: عليّ دينك كله، ثم قال علي بن الحسينعليه السلام: أما انه لم يمنعني أن أضمنه أولاً إلا كراهة أن يقولوا: سبقنا»[3]، وإطلاقه يشمل جميع أقسام الجهل بالخصوصيات.

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الضمان: ١.

(٢) الوسائل باب: ٥ من أبواب الضمان: ١.

(٣) الوسائل باب: ٣ من أبواب الضمان: ١.

إذا كان له واقع معين (٨٠)، وأما إذا لم يكن كذلك كقولك «ضمنت شيئاً من دينك» فلا يصح، ولعله مراد من قال (٨١) إن الصحة إنما هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه (٨٢) ما يقال من عدم الإشكال في الصحة مع فرض تعينه واقعاً وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم (٨٣) هذا وخالف بعضهم (٨٤) فاشترط العلم به، لنفي الغرر والضرر، ورد بعدم العموم في الأول لاختصاصه بالبيع أو مطلق المعاوضات (٨٥) وبالإقدام في الثاني (٨٦)، ويمكن الفرق بين الضمان

---

(٨٠) لما يظهر منهم الاتفاق على البطلان في مورد عدم التعين الواقعي.

(٨١) يظهر ذلك من العلامة والمحقق والشهيد الثانيين، وهو المطابق لما أخترناه من أنه يكفي المعرضية العرفية.

(٨٢) يظهر ذلك من صاحب الجواهر، والظاهر أنه ليس من الإشكال وإنما هو تقرير للتصحيح بكل ما أمكن الطريق إلى التعين ولو كان ذلك من الأخذ بالمتيقن أو القرعة أو نحوهما.

(٨٣) في الدوران بين الأقل والأكثر، وتصح القرعة ونحوها في المتباينين.

(٨٤) نسب ذلك إلى الشيخ والقاضي وابن إدريس وبعض آخر.

(٨٥) سواء استظهر الاختصاص بالبيع أو مطلق المعاوضات ليست القاعدة من التعبديات الشرعية، بل هي من الأمور العقلائية التي كشف عنها الشارع، فإن العقلاء بفطرتهم العقلائية يتحرزون عن الغرر ويلومون من يقدم عليه.

هذا فيما إذا تحقق الإقدام عليه عرفاً، ولكن فيما إذا لم يكن إقدام عرفي على الغرر لأوله إلى التعيين إما لوجود القدر المتيقن أو للقرعة والتخيير ونحوهما فأي غرر حينئذٍ في البين يبطل البيع أو مطلق المعاوضة أو الضمان لأجل الغرر.

(٨٦) مع تحقق الاقدام ينتفي موضوع الغرر، لأنه ما لا يقدم عليه العرف

التبرعي والاذني فيعتبر في الثاني دون الأول، إذ ضمان علي بن الحسين عليه السلام كان تبرعياً (٨٧) واختصاص نفي الغرر بالمعاوضات ممنوع بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الآذن، وهذا التفصيل لا يخلو عن قرب (٨٨).

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن (٨٩) وتبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع والنصوص (٩٠)

والعقلاء، والمفروض تحقق الاقدام وعدم استنكار من المتعارف لذلك.

(٨٧) إن كان المراد بالتبرع عدم الإذن ففي ضمان السجاد عليه السلام تحقق الالتماس من المضمون عنه فضلاً عن الإذن كما تقدم، وإن كان المراد عدم الرجوع إلى المضمون عنه فله وجه.

(٨٨) لا قرب فيه والأقرب عدم الفرق بين القسمين في عدم اشتراط العلم فيها للأول القريب العرفي إلى العلم وفي مثله لا غرر ولا ضرر، لعدم جريانهما مع الاقدام الصحيح المتعارف.

وتلخيص المقام: ان الضمان قسم من قضاء الحاجة المطلوب مطلقاً بأي نحو كان الا مع النص الصحيح الصريح على الخلاف، فيصح بكل ما لا يستنكره المتعارف وتشمله الإطلاقات والعمومات.

(٨٩) بضرورة من الفقه إن لم تكن من المذهب.

(٩٠) أما الأول فهو قريب من ضروريات فقهنا فضلاً عن الإجماع وهو مذهب جمع من فقهاء العامة أيضاً، ويشهد له الاعتبار العقلائي أيضاً في الضمانات المتحققة عند الناس.

وأما الثاني: فهي من الفريقين أما من طرقنا ففي صحيح ابن سنان عن الصادق عليه السلام: «في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال عليه السلام:

خلافاً للجمهور (٩١) حيث إن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة، وظاهر كلمات الأصحاب عدم صحة ما ذكروه حتى مع التصريح بـه عـلى هـذا النحو، ويمكن الحكم بصحته حينئذٍ للعمومات (٩٢).

إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت»[١] وما تقدم من خبر محمد بن أسامة، وأما من طرقهم فخبر أبي سعيد الخدري وخبر جابر[٢].

(٩١) نسب ذلك إلى عامتهم على اختلاف فيما بينهم في أن للمضمون له الرجوع إلى كل منهما كما عن جمع منهم[٣]، أو أنه لا رجوع إلا إلى الضامن إلا في موارد خاصة فيصح الرجوع إلى المضمون عنه، وتقدم عدم وجه صحيح لأصل مبناهم فضلاً عما بنوا عليه.

(٩٢) البحث في هذا الفرع من جهات:

الأولى: هل يكون ضم ذمة إلى ذمة أُخرى ممتنع عقلاً أو عرفاً أو شرعاً أو لا بل هو واقع؟ لا ريب ولا إشكال في الثاني كما في الأيادي المتعاقبة التي لم يلحظ فيها البدلية، وكما في المقام حيث يلحظ في ذلك، والوجه فيه أن اشتغال الذمة من الاعتباريات وهي خفيفة المؤنة يصح اعتبارها بأي نحو يتصور ما لم يكن مانع عقلي أو شرعي في البين وهو مفقود في المقام.

الثانية: الاختلاف بين الخاصة والعامة في معنى الضمان المعهود اختلاف اجتهادي في نفس الضمان من حيث هو مع قطع النظر عن الطوارئ وسائر الجهات، وأما فيها فلابد وأن يرجع إلى القواعد العامة والعمومات والإطلاقات فطبيعي ضم ذمة إلى ذمة أُخرى صحيح في الشريعة إلا في الضمان المعهود مع تجرده عن أي عنوان كان من شرط أو نحوه.

---

(١) الوسائل باب: ٢ من أبواب الضمان: حديث: ١.

(٢) كنز العمال ج: ٦ حديث: ٩٦١ و٩٥٤ كتاب الدين.

(٣) راجع المغنى لابن قدامة ج: ٥ صفحة: ٨٣ طـ: بيروت.

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن برئت ذمته وذمة المضمون عنه (٩٣) وإن أبرأ ذمة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً فلا تبرأ ذمة الضامن لعدم المحل للابراء بعد براءته بالضمان (٩٤) إلا إذا استفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه بحيث يفهم منه عرفاً إبراء ذمة

الثالثة: قد تقدم في الشروط في كتاب البيع: أن كل شرط شك في كونه مخالفاً لكتاب الله تعالى أو لا؟ تجري فيه أصالة الصحة وعدم المخالفة ما لم يكن دليل معتبر على الخلاف. إذا تبين هذا فنقول:

إذا تحقق هذا التصريح يكون ذلك اتفاق منهما على أمر هو جائز في حد نفسه وهو متضمن للضمان أيضاً، وعمدة الدليل على بطلان الضمان بالمعنى الذي ذهب إليه العامة هو ظهور الإجماع، والمتيقن منه على فرض اعتباره غير هذه الصورة، ومع الشك تصل النوبة إلى أصالة الصحة وعدم مخالفة الشرط للكتاب، بل وعمومات وإطلاقات الضمان بعد صدق الضمان عليه عرفاً، وإطلاقات أدلة الشروط بعد صدق الشرط.

ولكن الأحوط ما هو ظاهر كلمات الأصحاب.

(٩٣) أما براءة ذمة الضامن فمن جهة الابراء فلا دين في البين حينئذٍ حتى تشتغل به ذمة الضامن.

وأما براءة ذمة المضمون عنه فهو مترتب على براءة ذمة الضامن، لأن ابراء الدين عنه من حيث انه دين مستلزم لسقوط أصل الدين الذي كان على المضمون عنه.

وبعبارة أُخرى: ذمة الضامن طريق إلى ذمة المضمون عنه واسقاط ذمته اسقاط لذمة المضمون عنه عرفاً.

(٩٤) ابراء ذمة المضمون عنه على قسمين:

الأول: ابراء ذمته بما له من الآثار والتبعات والخصوصيات بحيث أن

الضامن(٩٥)، وأما في الضمان بمعنى ضم ذمة إلى ذمة فإن أبرأ ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن أيضاً وإن أبرأ ذمة الضامن فلا تبرأ ذمة المضمون عنه (٩٦) كذا قالوا، ويمكن أن يقال ببراءة ذمتهما على التقديرين (٩٧).

يكون طريقاً إلى ابراء ذمة الضامن، فلا إشكال حينئذٍ في برائة الضامن.

الثاني: أن يلحظ ذمة المضمون عنه بنحو الموضوعية ولا موضوع للابراء بالنسبة إليه، لكونه من تحصيل الحاصل لفرض سقوط ذمته بالضمان فتبقى ذمة الضامن مشغولة.

(٩٥) لسقوط الفرع بسقوط أصله.

(٩٦) لأن اسقاط الوثيقة لا يستلزم سقوط أصل الدين.

(٩٧) بأن يجعل طبيعة الابراء بأي وجه تحقق كالاستيفاء فكما انه يوجب سقوط الذمتين فكذا في الابراء، ولكن هذا التنظير لا كلية فيه ويدور مدار وجود القرائن المعتبرة فإن دلت على أنه كالاستيفاء وتسقط الذمتان والا تبقى ذمة المضمون عنه مشغولة، ولكن الأذهان المتعارفة ترى الاسقاط والإبراء والاستيفاء كشيء واحد إلا أن تدل قرينة خارجية معتبرة على التفصيل والفرق بينها.

فرع: لو أراد شخص أن يصير ضامناً لشخص آخر لاخذ دين من مصرف من المصارف الحكومية، والمصرف لم يقبل ضمانه إلا بتأمين ودفع المضمون عنه مبلغاً للضامن لأن يصرف في مصارف التأمين، فلما تم الضمان واستلم الدائن الدين من المصرف مات الضامن، وأخذ المصرف المال من إدارة التأمين فهل تبقى ذمة المضمون عنه مشغولة؟

يمكن أن يكون من سقوط الضمان قهراً، لأن الضامن لم يخسر شيئاً

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له (٩٨) فلا يجوز للضامن فسخه حتى لو كان بإذن المضمون عنه (٩٩) وتبين إعساره، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان أو علم المضمون له بإعساره (١٠٠) بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً بإعساره ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف فيه (١٠١) ويستفاد من بعض الأخبار أيضاً (١٠٢)، والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار

وسيأتي في بعض الفروع ما يناسب ذلك.

(٩٨) لأصالة اللزوم بناء على كونه عقداً كما نسب إلى المشهور مضافاً إلى الإجماع، ومقتضى أصاله اللزوم ـ في كل إلتزام عقلائي إلا ما خرج بالدليل ـ هو اللزوم فيه حتى بناء على كونه من سنخ الإيقاع أيضاً، وأما من طرف المضمون عنه فلا وجه لملاحظة اللزوم والجواز بالنسبة إليه، لأن مَن لا يعتبر رضاه في تحقق عنوان الضمان لا موضوع لملاحظة اللزوم والجواز بالنسبة إليه.

نعم، له اذهاب موضوع الضمان بإداء الدين.

(٩٩) كل ذلك لأنه لا معنى للزوم إلا ذلك مضافاً إلى الإجماع في كل منهما.

(١٠٠) أرسل كل منهما إرسال المسلمات الفقهية، ويظهر منهم الإجماع عليه.

(١٠١) وعن صاحب الغنية دعوى الإجماع عليه.

(١٠٢) وهو موثق ابن الجهم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله عليّ دين وخلف ولداً رجالاً ونساءً وصبياناً، فجاء رجل منهم فقال: أنت في حلّ مما لأبي عليك من حصتي وأنت في حلٍ مما لاخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك؟ قال: يكون في سعة من ذلك وحل، قلت: فإن لم يعطهم؟ قال:

كان لك في عنقه، قلت: فإن رجع الورثة عليّ فقالوا أعطنا حقنا؟ فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر فأما بينك وبين الله فأنت منها في حل إذا كان الذي حللك يضمن لك عنهم رضاهم فيحمل لما ضمن لك قلت: فما تقول في الصبي لأمه أن تحلل؟ قال: نعم، إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت: فإن لم يكن لها؟ قال: فلا، قلت: فقد سمعتك تقول انه يجوز تحليلها، قال: انما أعني بذلك إذا كان لها، قلت: فالأب يجوز تحليله على ابنه؟ فقال له: ما كان لنا مع أبي الحسن عليه السلام أمر يفعل في ذلك ما شاء، قلت: فإن الرجل ضمن بي عن ذلك الصبي وأنا من حصته في حل فإن مات الرجل قبل أن يبلغ الصبي فلا شيء عليه قال: والأمر جائز على ما شرط لك»[1]، فإن قوله عليه السلام: «فما تقول في الصبي لامه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه» مشعر باعتبار الملائة.

وأشكل عليه..

تارة: بأنه في التحليل لا الضمان.

وأخرى: بأن المنساق منه أن الملائة شرط الصحة لا اللزوم.

وثالثة: بأنه مختص بالصبي وأمه فلا يشمل المقام.

والكل مخدوش أما الأول فلأن التحليل في الحديث أعم من الضمان بقرينة قوله عليه السلام: «إذا كان الذي حللك يضمن لك عنهم رضاهم» فإن المراد بهذه الجملة تعهد الرضاء ولو بالضمان أيضاً.

وأما الثاني: فلأن المنساق من مجموع الحديث صدراً وذيلاً إنما هو السؤال والجواب عن لزوم هذا الإلتزام الحاصل في البين وليس فيه اشارة إلى الصحة، مع أنه إذا استفيد شرطية الصحة، فكلما هو شرط للصحة يكون شرطاً للّزوم أيضاً.

وأما الأخير: فلا ريب في كونه من باب المثال.

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب الضمان: ١.

على حال الضمان (١٠٣) فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ(١٠٤) كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار (١٠٥)، والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالاعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا(١٠٦) وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره في ثبوت الخيار أو لا؟ وجهان (١٠٧).

---

(١٠٣) أرسل ذلك إرسال المسلمات الفقهية، وعن المحقق الثاني دعوى الاتفاق عليه، وتقتضيه المرتكزات فإن المتعارف لا يرون لضمان المعسر أثراً.

ولكن الأقسام أربعة:

الأول: معسراً فعلاً ولا يعلم يساره.

الثاني: موسر فعلاً ولا يعلم إعساره.

الثالث: معسر فعلاً ويعلم يساره.

الرابع: موسر فعلا ويعلم إعساره.

وشمول الإجماع على المنع للصورة الثالثة مشكل والمتيقن منه الصورة الأولى، كما ان المتيقن من المرتكزات ذلك أيضاً، كما ان شموله للصحة في الصورة الأخيرة مشكل أيضاً.

(١٠٤) لاستصحاب اللزوم من غير دليل غلى الخلاف.

(١٠٥) فيما إذا كان معسراً حين الضمان وعلم بيساره بعد ذلك فثبوت الخيار فيه مشكل بل ممنوع، لأصالة اللزوم من غير دليل حاكم عليها.

(١٠٦) لإطلاق معقد الإجماع والفتاوى الشامل للجميع.

(١٠٧) من الجمود على المتيقن من الإجماع، وظاهر الكلمات المستفاد منها الاختصاص بالاعسار.

ومن أن المتفاهم عرفاً من كون الاعسار موجباً للخيار انما هو مراعاة حال المضمون وعدم تعطيل ماله وحقه ووقوعه في المشقة،وهذه الجهة موجودة في

(مسألة ٥): يجوز اشتراط الخيار (١٠٨) في الضمان للضامن

المماطلة بل ربما تكون المشقة فيها أكثر، ويشهد لثبوت الخيار قاعدة «نفي الضرر والضرار» أيضاً.

(١٠٨) النزاع في صحة اشتراط الخيار في الضمان وعدمه نزاع صغروي، فمَن يقول بجريان الخيار فيه يجعل اللزوم حقياً لأن الحق قائم بالمتعاقدين فلهما ابقاء هذا الحق كما لهما ازالته، ومَن يقول بعدم الصحة يجعله حكمياً والحكم الشرعي غير قابل للازالة، ولابد وأن يبين ان الأصل في اللزوم العقدي هو الحقي منه إلا ما خرج بالدليل، أو أن الأصل هو اللزوم الحكمي إلا ما خرج بالدليل؟

الحق هو الأول، لأن كل عقد يقع بين المتعاقدين ليس إلا جعل تعهد منهما على قرار معلوم بينهما، وهذا التعهد عبارة عن اللزوم وهو عباره أُخرى عن ثبوت حق مجعول بينهما بالإنشاء الاختياري، وقرره الشارع بالعمومات والإطلاقات إلا ما خرج بالدليل من كونه لزوماً حكمياً أو حكم الشارع فيه بالجواز، وكما أن حدوث هذا الحق المجعول يكون تحت الاختيار بقائه يكون كذلك، ولا معنى لكون البقاء تحت الاختيار إلا صحة جعل الخيار فيجري في الضمان اللازم جميع ما يجري في سائر أقسام اللزوم الحقي بلا فرق بينهما إلا ما دل دليل مخصوص على الفرق بينهما.

وأما توهم أن الضمان نحو استيثاق والخيار ينافيه.

مردود، بأنه إذا كان باتفاق منهما فلا ينافي الاستيثاق لفرض تراضيهما على جعل الخيار.

ودعوى: أن الخيار يلازم صحة الإقالة فما لا إقالة فيه لا وجه لثبوت الخيار.

باطل، لأنه لم يعرف الا من قبل قائله.

والمضمون له، لعموم أدلة الشروط، والظاهر جواز اشتراط شيء لكل منهما (١٠٩) كما إذا قال الضامن: «أنا ضامن بشرط أن تخيط لي ثوباً»، أو قال المضمون له: «أقبل الضمان بشرط أن تعمل لي كذا»، ومع التخلف يثبت للشارط خيار تخلف الشرط (١١٠).

(مسألة ٦): إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه وقلنا إنه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد ثبوت الخيار للمضمون له(١١١).

(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحال حالاً ومؤجلاً، وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص (١١٢)، والقول بعدم صحة الضمان إلا مؤجلا (١١٣) وأنه يعتبر فيه الأجل كالسلم،

---

(١٠٩) لعموم أدلة الشروط وعدم دليل على المنع، فيكون المقتضي للجواز موجوداً والمانع عنه مفقوداً، وما عن التذكرة «لو ضمن رجل عن غيره الفاً وشرط المضمون له أن يدفع الضامن أو المضمون عنه كل شهر درهماً لا يحسبه من مال الضمان بطل الشرط اجماعاً» لا وجه له أبداً، كما لا وجه لدعواه الإجماع إلا احتمال كونه من الربا المحرم وهو ممنوع كما هو واضح لتباين الضمان مع الربا المعاملي والقرض لغة وعرفاً وشرعاً.

فليس الضمان من الربا لا موضوعاً ولا حكماً.

(١١٠) لعموم دليله الشامل لكل شرط خولف فيه.

(١١١) لأنه إما من الاعسار موضوعاً أو ملحق به عرفاً.

(١١٢) كل ذلك لأصالة الصحة، وعموم الأدلة، والسيرة في الجملة، وظهور الاتفاق بعد ضعف قول من خالف كما يأتي.

(١١٣) نسب هذا القول إلى ابني حمزة والبراج والشيخ في النهاية، ولعل أنظارهم الشريفة إلى ما إذا اتفقا على كون أصل الضمان بأجل كما حمل عليه

ضعيف(١١٤) كالقول بعدم (١١٥) صحة ضمان الدين المؤجل حالاً أو بأنقص (١١٦) ودعوى أنه (١١٧) من ضمان مالم يجب كما ترى.

ابن إدريس كلام الشيخ، ولكنه خلاف الظاهر من كلماتهم على ما فهمه الأصحاب منها.

(١١٤) لكونه مخالفاً للأدلة الدالة على الصحة بلا دليل له يصح الاعتماد عليه.

(١١٥) نسب هذا القول إلى الشيخ رحمه الله، واستدل عليه بأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل، وضعف هذا الدليل واضح لأنه لا فرع ولا أصل في المقام بعد تحقق التراضي منهما على جعل المؤجل حالاً.

(١١٦) لأن الحق متقوم بهما فلهما أن يعملا فيه كلما شاءا وأرادا ما لم ينه الشارع عنه وهو مفروض العدم.

(١١٧) نسب ذلك إلى ولد العلامة فخر الدين بدعوى: أن الحلول صفة زائدة على أصل الحق فيكون من ضمان ما لم يجب وأعجب به والده العلامة رحمه الله.

والحق جلالة مقامهم قدس سرهم أجل عن أن يعتمدوا في الأحكام الإلهية على مثل هذه الوجوه الضعيفة، وإنما جرت أمثال ذلك ليعلم الطبقات اللاحقة أن الانسان حليف الخطأ وإن بلغ أقصى الذروة العليا في الفكر والفهم، وتلك سنة الله التي جرت في عباده ﴿**ولن تجد لسنة الله تبديلاً**﴾[1].

ثم إن الأقسام كثيرة لأن المضمون إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً، وكل منهما إما أن يضمن حالاً أو مؤجلاً، والأخير أن يكون الأجل مساوياً لأجل الدين أو أقل أو أكثر، وفي كل ذلك إما أن يكون الضمان بسؤال المضمون عنه أو تبرعاً وفي الجميع إما أن يكون الضمان بما يساوي أصل الدين أو بالأقل أو بالأكثر،

---

(١) سورة الأحزاب: ٦٢.

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان لا للدين (١١٨) فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع على المضمون عنه (١١٩) لأن الذي عليه كان حالا ولم يصر مؤجلاً بتأجيل الضمان.

وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحل ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه، واحتمال صيرورة أصل الدين مؤجلاً(١٢٠)

وفي الكل مقتضى أصالة الصحة والعموم والإطلاق هو الصحة مع ثبوت الرضاء، ويأتي التفصيل في المسائل الآتية.

(١١٨) لفرض أنه اشترط في الضمان ولا ربط له بأصل الدين فهو حق التزم به في خارج أصل الدين.

(١١٩) أما صحة اسقاط الأجل، فلأن لكل شارط اسقاط شرطه إلا ما خرج بالدليل.

لأنه نحو من الحق القابل للاسقاط كما مر في محله.

وأما جواز الرجوع إلى المضمون عنه حينئذٍ فلوجود المقتضي لذلك وفقد المانع عنه، لأن المانع قد حصل من ناحية شرط التأجيل والمفروض سقوطه بالاسقاط وقد صرح بذلك جمع منهم الشهيد والمحقق الثانيين.

(١٢٠) نسب القول بذلك إلى جمع منهم العلامة والشيخ، وما يصلح لاعتمادهم عليه وجهان:

الأول: إن تقييد الضمان تقييد لأصل الدين عرفاً.

الثاني: إن الدين الأصلي قد فرغت عنه ذمة المضمون عنه، فلا يتصف بالحلول أو التأجيل، وإطلاق ما دل على صحة رجوع الضامن إلى المضمون عنه بعد الأداء يقتضي الرجوع إليه في المقام أيضاً.

حتى بالنسبة إلى المضمون عنه، ضعيف (١٢١).

(مسألة ٩): إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الضامن كذلك فمات وحل ما عليه وأخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلا بعد حلول أجل أصل الدين (١٢٢)، لأن الحلول عن الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه، وكذا لو أسقط أجله وأدى الدين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء الأجل (١٢٣).

(مسألة ١٠): إذا ضمن الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه فإن

وكل منهما مردود أما الأول فلأنهما موضوعان مختلفان ولا تلازم بين تقييد أحدهما وتقييد الآخر لا بالملازمة العقلية ولا العرفية ولا الشرعية كما هو واضح.

وأما الثاني: فلأن تفريق ذمة المضمون عنه إنما هو بلحاظ حال الضمان، وأما بلحاظ ما بعد الأداء فالاشتغال ثابت فالسقوط جهتي لا من كل جهة وهذه الجهة هي جهة اعتبارية تصح أن تكون منشأ الفرق.

هذا إذا لم تكن قرينة معتبرة على الرجوع أو على عدمه في البين وألا تتبع القرينة حينئذٍ.

(١٢١) ظهر وجه الضعف مما مر.

(١٢٢) أرسل ذلك إرسال المسلمات في جملة من كتب الفقهية معللاً في بعضها بما في المتن، وهو صحيح ولا خدشة فيه إلا ما يتوهم من أن دين المضمون عنه قد سقط بالضمان فلا وجه لاعتبار الحلول والتأجيل بالنسبة إليه، وتقدم الجواب عنه من أن هذا السقوط سقوط جهتي لا من كل جهة وبقول مطلق، ويصح تصوير الحلول والتأجيل بالنسبة إلى هذا النحو من السقوط الذي لا يكون بنحو الإطلاق من كل جهة.

(١٢٣) لفرض كون أصل أداء الحق كان مؤجلاً فمقتضى الأصل بقائه.

فهم من إذنه رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، وإلا فلا يجوز إلا بعد انقضاء الأجل، والإذن في الضمان أعم من كونه حالاً (١٢٤).

(مسألة ١١): إذا ضمن الدين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له الرجوع على المضمون عنه إلا بعد انقضاء أجله (١٢٥) وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه على ما مر (١٢٦) من أن

---

(١٢٤) بلا إشكال فيه بحسب الأنظار العرفية في محاوراتهم وخصوماتهم واحتجاجاتهم، لأن الإذن في الضمان المؤجل حالاً أعم من الإذن في الرجوع إلى المضمون عنه حالاً، لأنهما موضوعان مختلفان عرفاً، وتتفاوت الاغراض العقلائية بالنسبة إلى كل منهما عند متعارف الناس، ولكن تشتت أقوالهم في هذه المسألة.

أحدها: جواز الرجوع إلى المضمون عنه مطلقاً فيما إذا أذن في ضمان المؤجل حالاً نسب ذلك إلى القواعد والتنقيح .

ثانيها: أنه يجوز مع التصريح بالإذن لا مع ا الإطلاق نسب ذلك إلى ظاهر المفاتيح.

ثالثها: الإشكال في صورة الإطلاق، والفتوى بالجواز في صورة التصريح نسب ذلك إلى الإيضاح.

والكل مخدوش: لأنه من النزاع اللفظي؛ إذ المدعى انه مع وجود قرينة معتبرة عرفية على الرجوع إلى المضمون عنه فعلاً يصح الرجوع إليه، ومع العدم لا يصح الرجوع وهذا مما لا ينبغي أن ينازع فيه عاقل فضلاً عن فاضل ومنه يعلم ما في بقية الأقوال في المسألة.

(١٢٥) هذه المسألة نظير سابقتها فيجري فيها جميع ما مر في السابقة دليلاً وقولاً ورداً.

(١٢٦) راجع المسألة الثامنة.

أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً، وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه.

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته ولم يكن له الرجوع عليه (١٢٧)، وإن كان أداؤه بإذنه أو أمره (١٢٨) إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه كأن يقول: «أدّ ما ضمنت عني وارجع

---

(١٢٧) لفرض رضاء المضمون له باستيفاء دينه من الضمان، وتقدم عدم اعتبار رضاء المضمون عنه في تحقق الضمان.

(١٢٨) لأن الإذن في الاداء والأمر به أعم من تعهده بما يؤديه الضامن إذا كانت في البين قرينة عرفية على أنه أعم، وأما إن كانت في البين قرينة على الخلاف أو كان الأمر أو الإذن مجملاً من هذه الجهة فيدخل المقام تحت قاعدة «أن استيفاء عمل الغير يوجب الضمان» مع عدم دليل على خلافه من إجماع أو غيره.

ثم أنهم ذكروا في المقام صوراً أربع وأدعوا الإجماع على عدم ضمان المضمون عنه في أثنين منها، كما أدعوا الإجماع على ضمانه في اثنين آخرين:

الأولى: الضمان بغير إذن المضمون عنه والأداء بغير الإذن أيضاً.

الثانية: الضمان بغير الإذن والأداء بالإذن وأدعوا الإجماع على عدم ضمان المضمون عنه في الصورتين؛ ويقتضيه أصالة البرائة أيضاً، ولابد من تقييد الصورة الثانية بما إذا لم تكن قرينة في البين على كون إذنه كاشفاً عن تعهده وإلا فيكون ضامناً.

الثالثة: الإذن في الضمان وكون الأداء بالإذن أيضاً.

الرابعة: الإذن في الضمان وكون الأداء بغير الإذن، وأدعوا الإجماع على الضمان في الصورتين وهو صحيح وموافق لقاعدة التسبيب.

به عليّ»، على إشكال في هذه الصورة أيضاً (١٢٩) من حيث إن مرجعه حينئذٍ إلى الوعد الذي لا يلزم الوفاء به وإذا ضمن بإذنه (١٣٠) فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه لأنه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمته من غير توقف على شيء.

نعم، لو أذن له في الضمان تبرعاً فضمن ليس له الرجوع عليه لأن الإذن على هذا الوجه كلا إذن (١٣١).

---

(١٢٩) مقتضى القاعدة احترام المال والعمل مطلقاً، إلا إذا ثبت بدليل معتبر بسقوط الاحترام من صاحب المال والعمل بالتبرع والمجانية، أو أسقط الشارع الأقدس اعتباره، وهذا القاعدة من القواعد النظامية العقلائية التي قررها الشارع تتبع في جميع الموارد، والمرجع في صدق التبرع والمجانية والوعد انما هو العرف، فمع صدق هذه العناوين لا وجه لضمان المضمون عنه لفرض أن الضامن تبرع وقضى دين المضمون عنه مجاناً، كما أنه مع صدق مجرد الوعد بالإحسان من المضمون عنه لا شيء عليه أيضاً، لأن الوعد بالإحسان لا يوجب اشتغال الذمة وإن عد مخالفته خلاف المجاملات الأخلاقية الشرعية بل العرفية، وأما مع صدق العدم أو الشك فيه فمقتضى قاعدة «الاحترام» هو الضمان بعد حصول الاستيفاء والتسبب منه عرفاً كما هو المفروض في المقام.

(١٣٠) هذا هو القسم الثالث والرابع وتقدم أن الحكم مجمع عليه فيهما.

وأما خبر ابن خالد قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام، جعلت فداك قول الناس: الضامن غارم، فقال عليه السلام: ليس على الضامن غرم بل الغرم على من أكل المال»[1]، فلا وجه للأخذ بإطلاقه بل لابد من حمله على ما لا ينافي الإجماع.

(١٣١) حق التعبير أن يعلل بأنه أقدم على دفع ماله مجاناً فلا وجه للرجوع

---

(١) الوسائل باب: ١ من أبواب الضمان: ١.

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلا بعد أداء مال الضمان ـ على المشهور بل الظاهر عدم الخلاف فيه(١٣٢) ـ وإنما يرجع عليه بمقدار ما أدّى (١٣٣) فليس له المطالبة قبله، إما لأن ذمة الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرده إلا أن ذمة المضمون عنه لا تشتغل إلا بعد الأداء وبمقداره، وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه، وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء، وظاهرهم هو الوجه الأول (١٣٤)، وعلى أي حال لا خلاف في أصل الحكم (١٣٥) وإن كان مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته من حين الضمان (١٣٦)

إلى المضمون عنه.

(١٣٢) بل مجمع عليه بين كل من أدعى الإجماع على الحكم مع تقييده بالأداء كما هو مورد غالب كلماتهم.

(١٣٣) بناء على أنه ليس لنفس الضمان من حيث هو موضوعية خاصة لاشتغال ذمة المضمون عنه بالنسبة إلى الضامن، بل المناط كله تفريغ ذمة المضمون عنه كلاً أو بعضاً، ويأتي تفصيل الكلام بعد ذلك.

(١٣٤) نسب ذلك إلى المسالك وقواه في الجواهر ونسبة القول بذلك إلى ظاهرهم كما فعله ﷺ مشكل كما سيأتي، وهنا وجه رابع وهو حصول الاشتغال بمجرد الضمان لكن متزلزلاً ومع عدم الأداء يزول الاشتغال.

(١٣٥) سيأتي المناقشة في ذلك.

(١٣٦) لفرض حصول التسبيب من المضمون عنه بالإذن في الضمان من حين حصوله، فالضمان نحو استفادة للمضمون عنه عن الضامن بسبب إذنه في تحقق الضمان بينهما، فمن حين حصول هذه الإستفادة يتحقق اشتغال ذمته

في قبال اشتغال ذمة الضامن (١٣٧) سواء أدّى أو لم يؤدّ، فالحكم المذكور على خلاف القاعدة (١٣٨) ثبت بالإجماع وخصوص الخبر «عن

قهراً، والاداء شيء آخر لا ربط له بخصول اشتغال ذمة المضمون عنه بمجرد إقدامه على الإذن، وهذا مطابق للمرتكزات العرفية أيضاً، فإن مقتضاها تحقق الضمانين في آن واحد فبمجرد تحقق اشتغال ذمة الضامن للمضمون له يتحقق ضمان المضمون عنه للضامن أيضاً، فيثبت الضمان بالنسبة إلى المضمون عنه لحصول التسبب منه في الرتبة السابقة على الأداء ولا يخرج منها إلا بدليل على الخلاف.

(١٣٧) لتلازم الضمانين عرفاً بعد ان كان الضمان بالإذن من المضمون عنه.

(١٣٨) إن كان المراد بالحكم المذكور المطالبة بالأداء فلا ريب في كونه مطابقاً لقاعدة: «إن استيفاء مال الغير يوجب الضمان»، وإن كان المراد ضمان المضمون عنه بمجرد حصول الضمان فلم يقم إجماع ولا حديث على خلافه حتى نترك قاعدة «حصول الضمان بالتسبيب»، والملازمة بين الضمانين بالملازمة العرفية لأجل ذلك.

وبعبارة أُخرى: نحن ندعي الملازمة العرفية في الجملة وللملازمة مراتب متفاوتة شدة وضعفاً، ولعل الخلط بين المراتب أوجب الاختلاط بين الاعلام، ونسب إلى الشيخ رحمه الله وجماعة اشتغال ذمة المضمون عنه من حين الضمان فكيف يتحقق الإجماع على أن اشتغال ذمته انما يتحقق بعد الاداء.

نعم نسب ذلك إلى العلامة واشتهر بعده وليس ذلك من الإجماع المصطلح في شيء.

وأما الخبر فهو موثق عمر بن يزيد قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه؟ قال عليه السلام: ليس له إلا الذي صالح

رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه قال: ليس له إلا الذي صالح عليه» بدعوى: الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر (١٣٩)، ويتفرع على ما ذكروه (١٤٠)،

عليه»[1]، ونحوه موثق ابن بكير[2]، ولا ربط لهما بأن اشتغال ذمة المضمون عنه يحصل بالأداء، بل هما في مقام بيان حكم تكليفي وهو وجوب الاداء على المضمون عنه بقدر ما صالح عليه، وهو غير أصل حدوث طبيعي اشتغال الذمة من حين حدوث الضمان.

(١٣٩) الظاهر أن قضية انه «ليس للضامن إلا ما خسر» شرعية وعرفية أيضاً وحدوث طبيعي الاشتغال للضامن بالنسبة إلى المضمون له، وكذا حدوث طبيعي الاشتغال بالنسبة إلى المضمون عنه للضامن غير مرتبة الاداء وهما مختلفان، فالأداء شيء وطبيعي الاشتغال في الجملة شيء آخر.

(١٤٠) أي: وجوب أداء المضمون عنه ماحسره الضامن لا أصل ما ضمن وهذا هو المطابق للعرف أيضاً، لأن طبيعي اشتغال الذمة الحاصل بأصل الضمان فأنه حصل بمجرد تسبيب المضمون عنه للضمان بواسطة إذنه فيه، فطبيعي أصل الضمان حصل من المضمون عنه للضامن بمجرد حدوث الضمان وتحديده بحد خاص حاصل بما خسره الضامن، ولعله بذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات وان بعد عن ظاهر بعضها.

ثم إن الوجه في تفرع الفروع الخمسة المذكورة في المقام على ما ذكروه واضح لا ريب فيه، لقاعدة أن «استيفاء مال الغير موجب للضمان» عرفاً وعقلاً وشرعاً.

وهناك قاعدة أخرى أشرنا اليها وهي أن« التسبيب لوقوع الغير في الضمان يوجب ضمان المسبب (بالكسر)» والضمان في القاعدة الثانية له

---

(١) (٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الضمان: ١و٢.

أن المضمون له لو أبرأ (١٤١) ذمة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلا وإن أبرأه من البعض (١٤٢) ليس له الرجوع بمقداره، وكذا لو صالح معه بالأقل (١٤٣) كما هو مورد الخبر ـ وكذا لو ضمن عن الضامن ضامن تبرعاً (١٤٤) فأدّى فإنه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفاه عنه غيره تبرعاً(١٤٥).

(مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خمساً أو زكاة أو صدقة فالظاهر أن له الرجوع على المضمون عنه (١٤٦).

طريقية إلى ما خسره الضامن لا أن يكون له موضوعية من كل جهة، ويأتي تفصيل جملة من الفروع المناسبة للمقام في موجبات الضمان في الغصب والديات، وتقدم بعضها في أحكام الصيد في الحج فراجع.

(١٤١) هذا هو الفرع الأول، والوجه في عدم رجوع الضامن إلى المضمون عنه واضح، لعدم تحقق خسارة بالنسبة إلى الضامن حتى يرجع فيها إلى المضمون عنه.

(١٤٢) هذا هو الفرع الثاني وظهر وجهه مما سبق، لأن الضامن يرجع إلى المضمون عنه فيما استوفاه من المال، والمفروض انه لم يستوف إلا البعض ولم يتحقق خسارة الضامن إلا بالنسبة إليه.

(١٤٣) هذا هو الفرع الثالث وهو مطابق لقاعدة أن ضمان المضمون عنه إنما هو بقدر الخسارة، فالخبر المتقدم ورد مطابقاً للقاعدة لا مخالفاً لها.

(١٤٤) هذا هو الفرع الرابع والوجه فيه واضح لما ذكره قدس سره وتعرضنا له أيضاً.

(١٤٥) هذا هو الفرع الخامس ووجهه واضح لما تقدم مراراً.

(١٤٦) سقوط اشتغال ذمة الضامن عن الدين الذي ضمنه على أقسام:

الأول: أن يخسر مقدار الدين من ماله، ولا ريب في ضمان المضمون عنه

ولايكون ذلك في حكم الإبراء (١٤٧) وكذا لو أخذه منه ثم ردّه عليه هبة (١٤٨)، وأما لو وهبه ما في ذمته فهل هو كالابراء أو لا؟

حينئذٍ لما مر.

الثاني: أن يعطي أحد أصل الدين لخصوصية في المضمون عنه، ولا ريب في سقوط الذمتين لزوال أصل الدين من البين.

الثالث: أن يوفى الدين شخص من حيث إضافته إلى الضامن ولخصوصية فيه أيضاً بحيث يصدق عرفاً أن الضامن خسر المال، ويصح له الرجوع إلى المضمون عنه حينئذٍ.

الرابع: أن يشك في أنه من أي الأقسام، ومقتضى الاستصحاب ضمان المضمون عنه في هذا القسم أيضاً بعد ما مر من حدوث ضمانه بمجرد تحقق الضمان، واحتمال أن المناط في الرجوع إلى المضمون عنه تحقق الغرامة الخارجية عرفاً من الضامن ولا يتحقق في مورد الشك ولا فيما إذا احتسب المال على الضامن من الحقوق.

مدفوع، بأن للغرامة مراتب مختلفة منها الخارجية الحقيقية المتحققة بأداء الضامن المال من كيسه.

ومنها الاعتبارية العرفية بحيث يصدق أن الضامن بنفسه ومن حيث هو صار سبباً لفراغ ذمة المضمون عنه، ولا ريب في صدقه فيما إذا احتسب المال على الضامن من الحقوق، وكذا في مورد الشك لصدق السببية في الجملة مضافاً إلى ما مر من الاستصحاب.

(١٤٧) لأن الإبراء تعلق بنفس الدين وهو مضاف أولاً وبالذات إلى المضمون عنه فيشمل الإبراء ذات الدين المضاف إلى المضمون عنه أيضاً فتسقط ذمته لا محالة.

(١٤٨) لأنه تمليك مستأنف لا ربط له بالدين السابق الذي خسره الضامن

وجهان(١٤٩)، ولو مات المضمون له فورثه الضامن لم يسقط جواز الرجوع به على المضمون عنه (١٥٠).

(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه (١٥١) المضمون له بما يساوي أقل من الدين أو وفاه الضامن بما يساوي أقل منه، فقد صرح بعضهم (١٥٢) بأنه لا يرجع على المضمون عنه إلا بمقدار ما يساوي (١٥٣) وهو مشكل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة (١٥٤) وكون القدر المسلم غير هذه الصور، وظاهر خبر الصلح الرضا من الدين بأقل منه لا ما إذا صالحه بما

ودفعه إلى المضمون له فمقتضى خسرانه للمال ضمان المضمون عنه.

(١٤٩) وجه الأول أن الهبة تعلقت بما في الذمة ـ وهو الدين ـ والدين أولا وبالذات مضاف إلى المضمون عنه فتشمل ذات الدين الهبة المتعلقة بالدين فيكون كالإبراء.

ووجه الثاني انها كالاحتساب على الضامن من الحقوق.

وفيه: أن الاحتساب من الحقوق متعلق أولاً بالضامن، والهبة في المقام تعلقت أولاً بالدين وتكون لها إضافة إلى المضمون عنه، وعن بعض مشائخنا[1]، في حاشيته الشريفة أن الهبة في المقام حقيقة الإبراء.

(١٥٠) لتحقق الغرامة، والإرث ملك مستأنف لا ربط له بالضمان.

(١٥١) في العبارة مسامحة والظاهر (لو باع أو صالح).

(١٥٢) نسب ذلك إلى جمع منهم المحقق والعلامة، والشهيد الثاني.

(١٥٣) حق العبارة أن يقال: يصح له الرجوع إلى المضمون عنه بمقدار ما يسوى.

(١٥٤) إن كان المراد من القاعدة تحمّل الضامن أصل الدين بحده من

---

(١) هو المحقق آية الله العظمى الشيخ آغا ضياء الدين العراقي ﷺ.

يساوي أقل منه (١٥٥)، وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يساوي أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة (١٥٦).

(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه، فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عما له عليه فلا إشكال (١٥٧) ويكون في يده أمانة لا يضمن لو تلف إلا بالتعدي أو التفريط (١٥٨) وإن كان بعنوان وفاء ما عليه فإن قلنا باشتغال ذمته حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح ويحتسب وفاءاً(١٥٩)، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني وإن قلنا إنه لا تشتغل ذمته إلا بالأداء وحينه ـ كما هو ظاهر المشهور ـ فيشكل صحته وفاءاً، لأن المفروض عدم اشتغال ذمته بعد فيكون في يده كالمقبوض بالعقد الفاسد (١٦٠) وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلا بإذن

المضمون عنه فحكمهم موافق لها، وإن كان المراد بها غرامة الضامن وخسارته فحكمهم مخالف لها ومخالف للخبر أيضاً كما يأتي.

(١٥٥) لكن العرف لا يفرق بين الصورتين كما لا يخفى.

(١٥٦) لأنه لا ربط للزيادة بالدين المضمون، ومقتضى الأصل والعرف والسيرة عدم اشتغال ذمة المضمون عنه بها.

(١٥٧) في صحة ذلك لقاعدة «السلطنة».

(١٥٨) لقاعدة «عدم تضمين الأمين» إلا مع ثبوت تعديه أو تفريطه.

(١٥٩) لفرض تحقق اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن بمجرد الضمان فيصح اعتبار الوفاء حينئذٍ.

(١٦٠) إلا أن تعد المعرضية القريبة للاشتغال بمنزلة الاشتغال في الآثار بنظر أهل العرف وفيه: تأمل.

جديد (١٦١) أو العلم ببقاء الرضاء به.

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عني إلى المضمون له ما عليّ من مال الضمان» فدفع، برئت ذمتهما معاً أما الضامن فلأنه قد أدّى دينه، وأما المضمون عنه فلأن المفروض أن الضامن لم يخسر ـ كذا قد يقال (١٦٢) ـ والأوجه أن يقال إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه فقد اشتغلت ذمته بالأداء والمفروض أن ذمة المضمون عنه أيضاً مشغولة له حيث إنه أذن له في الضمان فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمة الضامن من حيث كونه بأمره ولاشتغال ذمة المضمون عنه حيث إن الضمان بإذنه وقد وفى الضامن فيتهاتران (١٦٣) أو يتقاصان (١٦٤)، وإشكال صاحبَ الجواهر في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور في غير محله (١٦٥).

---

(١٦١) مقتضى الأصل بقاء الإذن الأول ولا يحتاج إلى الإذن الجديد.

(١٦٢) حكي ذلك عن الشرايع والمسالك.

(١٦٣) يمكن أن يكون مراد الشرايع والمسالك ذلك أيضاً، وإن قصرت عبارتهما عن أدائه.

(١٦٤) كون المقام من التهاتر معلوم وكونه من التقاص مشكوك بل الظاهر عدمه كما لا يخفى.

(١٦٥) أما إشكاله قدس سره فقال: «إن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون بإذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذٍ لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما»، وأما كونه في غير محله فلأن المقام لا ربط له بالقرض بل هو من باب الاستيفاء بالأمر وهو من موجبات

(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برئا معاً (١٦٦) كما لو دفعه أجنبي عنه.

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه بل على الضامن (١٦٧) بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه بالاداء يرجع على الضامن ويرجع هو على المضمون عنه الأول.

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقل منه برضى المضمون له(١٦٨) وكذا يجوز أن يضمنه بأكثر منه، وفي الصورة الأولى لا يرجع على المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الأقل (١٦٩) كما أن في

الضمان عرفاً كما مر مكرراً.

(١٦٦) لانتفاء موضوع الضمان حينئذٍ رأساً مضافاً إلى ظهور الإجماع، وكذا الكلام في دفع الأجنبي.

(١٦٧) معنى العبارة: أن شخصاً ضمن تبرعاً عن شخص وضمن شخص ثالث عن الضامن بإذنه وأدى المال ليس للضامن الثاني الرجوع إلى المضمون عنه الأول، لعدم ضمانه عنه بإذنه بل يرجع إلى الضامن الأول لأنه ضمن عنه بإذنه، وكذا الكلام بعينه في قوله: «وكذا لو ضمن بالإذن».

(١٦٨) لأن معنى الضمان هو انتقال تمام ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن بنحو الاقتضاء لا العلية التامة، بحيث لو حدد أصل الدين بحد خاص ـ قلة أو كثرة ـ يبطل أصل الضمان، فتحقق طبيعي الضمان مسلم والتحديد انما حصل برضاء الطرفين فلا محذور فيه من العرف والشرع والعقل، ودعوى: أن قوام الضمان بأن يكون بمقدار الضمان ومع الاختلاف فلا يتحقق موضوعه دعوى بلا شاهد بل على خلافه الشواهد.

(١٦٩) لفرض أنه خسر بهذا المقدار.

الثانية لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين (١٧٠) إلا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة (١٧١).

(مسألة ٢١): يجوز الضمان بغير جنس الدين، كما يجوز الوفاء بغير الجنس (١٧٢) وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس (١٧٣) الذي عليه إلا برضاه.

(مسألة ٢٢): يجوز الضمان بشرط الرهانة (١٧٤) فيرهن بعد الضمان، بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط

---

(١٧٠) لتحقق الإذن والخسران بهذا المقدار بلا إشكال.

(١٧١) فيرجع الضامن إلى المضمون عنه بالزيادة حينئذٍ لاستيفائه للزيادة بإذنه فيها.

(١٧٢) لأن ذلك متوقف على رضاء الضامن والمضمون له فيصح بكل ما رضيا به والمفروض تحققه منهما بغير الجنس، كما أن الوفاء بغير الجنس متوقف على رضاء الدائن مع ورود النص فيه كما في خبر ابن جعفر عن أخيه، قال: «سألته عن رجل له على آخر كرّ من حنطة أيصلح له أن يأخذ بكليها شعيراً أو تمراً؟ قال عليه السلام: إذا تراضيا فلا بأس»[1]، وظهور الإجماع عليه.

وتوهم أنه مخالف لمعنى الضمان فإنه متقوم بانتقال نفس ما في الذمة.

مردود، بأن تقوم الضمان إنما هو بحفظ أصل المالية وانتقاله وانتقال نفس ما في الذمة من مقتضيات إطلاقه لا ذاته كما لعله واضح.

(١٧٣) مع عدم إذنه في الضمان بغير الجنس فيشمله إطلاق قول الصادق عليه السلام في الموثق: «ليس له إلا ما صالح عليه»[2]، وأما مع الإذن فله أن يرجع إليه أيضاً كما يأتي منه رحمه الله.

(١٧٤) لإطلاق أدلة الشروط وعمومها الشامل للمقام أيضاً هذا في شرط

---

(١) الوسائل باب: ١١ من أبواب السلف: ١٣.

(٢) الوسائل باب: ٦ من أبواب الضمان : ١.

الضمان، بل الظاهر جواز اشتراط كون الملك الفلاني رهناً بنحو شرط النتيجة في ضمن عقد الضمان (١٧٥).

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك بالضمان أو لا؟ يظهر من المسالك والجواهر انفكاكه لأنه بمنزلة الوفاء (١٧٦).

الفعل، وأما شرط النتيجة فسيأتي.

(١٧٥) مقتضى إطلاق أدلة الشروط وعمومها صحة الشرط مطلقاً، سواء كان من شرط الفعل أو شرط النتيجة إلا مع الدليل على الخلاف، ولا دليل على الخلاف في شرط النتيجة إلا دعوى أن الناتج غير مقدورة وإن لها أسباب خاصة في الشريعة ليس الشرط منها، وإن الشرط تمليك ولا يتصور التمليك في النتيجة.

والكل مخدوش: أما الأول فلأنها مقدورة بأسبابها، والقدرة على السبب قدرة على المسبب شرعاً وعقلاً وعرفاً.

وأما الثاني فلأن الشرط من جملة الأسباب عرفاً، وإطلاق أدلة الشرط منزل على العرف.

وأما الأخير فهو من مجرد الدعوى، اذ الشرط نحو التزام وتعهد خاص قرره الشارع بأدلة الشروط ولا ريب في تحققهما في شرط النتيجة أيضاً، مع ورود النص به في شرط الضمان في الإجارة[١]، والعارية[٢]، وشرط الأجل في النسيئة والسلف[٣]، وغير ذلك، وعلى ما قلناه ورد النص مطابقاً للعمومات والإطلاقات.

(١٧٦) وكل مَن قال بالصحة عللها بذلك ،وهو تعليل حسن عرفاً في

(١) راجع ج: ١٩ صفحة: ٩٨.

(٢) راجع ج: ١٨ صفحة: ٢٥١.

(٣) راجع ج: ١٨ صفحة: ٣١.

لكنه لايخلو عن إشكال (١٧٧) هذا مع الإطلاق، وأما مع اشتراط البقاء او عدمه فهو المتبع (١٧٨).

(مسألة ٢٤): يجوز اشتراط الضمان في مالٍ معين على وجه التقييد(١٧٩) أو على نحو الشرائط في العقود من كونه من باب الالتزام في

الجملة في الموارد التي يرى المضمون بواسطة الضمان ماله حاضراً لديه .

(١٧٧) الإشكال ان الضمان ليس إلا نقل المال من ذمة إلى أُخرى؛ فلا ربط له بسقوط وثيقة الدين، والضمان الصحيح لدى العرف وثيقة حية ناطقة لها شعور وادراك وتقبل التفهم والتفاهم، ومع الوثيقة الأقوى لا موضوع للوثيقة الضعيفة مع أن الرهن رهن لذمة المضمون عنه فإذا سقطت الذمة بالضمان فلا وجه لبقاء الرهن عليها.

(١٧٨) لأدلة وجوب الوفاء بالشرط كما تقدم في محله.

(١٧٩) أما أصل جواز ذلك فلإطلاق أدلة الضمان، مضافاً إلى ظهور الإجماع عليه، وأما صحة كونه على وجه التقييد فبأن يقيد الضمان بمال مخصوص، أو يقيد نفس المضمون بمال مخصوص، أو يقيد الأداء أنه أداء لما اشتغلت من حيث ذمته بالضمان كذلك، والكل صحيح مع وجود غرض صحيح في البين، لأصالة الصحة، وإطلاق أدلة الشروط الشامل لهذا النحو من الجعل أيضاً، ولا يختص بخصوص الالتزام، والظاهر تلازم العناوين المذكورة، ومعنى التقييد هنا أي: جعله دخيلاً في قوام الضمان الذي هو من الاعتباريات، وهي خفيفة المؤنة تدور حقائقها مدار كيفية الاعتبار وعدم محذور عقلي أو شرعي فيه كما هو المفروض في المقام.

إن قيل مع التقييد هل تشتغل ذمة الضامن بشيء أو لا؟ وعلى الأول لا وجه للتقييد، وعلى الثاني لا وجه للضمان.

يقال: نظير المقام نظير العين المنذورة بناء على أن النذر المتعلق بالعين

الالتزام (١٨٠)، وحينئذٍ يجب على الضامن الوفاء (١٨١) من ذلك المال بمعنى صرفه فيه، وعلى الأول إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (١٨٢)

يوجب اشتغال الذمة وثبوت حق للمنذور له في العين ونظير الزكوه من جهة.

(١٨٠) بلا إشكال فيه من أحد؛ لعموم أدلة الشروط الشامل لذلك.

(١٨١) لوجوب الوفاء بكل شرط حاصل في ضمن عقد سواء كان بنحو التقييد أو بنحو الإلتزام في الالتزام.

(١٨٢) لفرض أنه جعل مقوماً اعتبارياً للضمان، فأصل الالتزام الضماني حدث متقوماً بهذه الخصوصية الذاتية الجعلية من المتعاقدين، فتكون بمنزلة المقومات الذاتية التي تنتفي الذات المخصوصة بانتفائها، ولا بأس بذلك لأن خصوصيات الجعل تدور مدار جعل الجاعل فيصير بعد الجعل كالذاتي.

إن قلت: أنه لا فرق بين القيد.والشرط من هذه الجهة لفرض كون كل واحد منهما خارجاً عن مرتبة الذات، فالتخلف في كل واحد منهما يوجب الخيار إلا أنه فيما إذا كان بنحو الالتزام خيار تخلف الشرط وفيما إذا كان بنحو التقييد خيار تخلف الوصف.

قلت: بعد فرض أنه إذا كان بنحو التقييد جعل ذلك ذاتياً اعتبارياً بخلاف ما إذا كان بنحو الإلتزام فالفرق بينهما ظاهر.

إن قيل ان جعل الذاتي للعقود خارج عن عهدة المكلف بل هو تحت اختيار الشارع فلا وجه لهذا الجعل.

يقال: العقود تحت سلطة الشارع بلا إشكال لكن قد قلنا مكرراً انه يكفي في ذلك عدم ثبوت الردع، وللمفروض عدم ثبوته في المقام فبأي وجه جعل العقد في عالم الاعتبار سواء جعل شيء بعنوان الذاتي له أو بنحو آخر، ولم يرد فيه ردع يشمله دليل التقرير من العموم والإطلاق بعد عدم مانع في البين.

ويرجع المضمون له على المضمون عنه (١٨٣) كما أنه إذا نقص يبقى الناقص في عهدته (١٨٤)، وعلى الثاني لا يبطل (١٨٥) بل يوجب الخيار لمن له الشرط من الضامن أو المضمون له أو هما (١٨٦) ومع النقصان يجب على الضامن الاتمام مع عدم الفسخ (١٨٧).

وأما جعل الضمان في مال معين من غير اشتغال ذمة الضامن بأن

---

(١٨٣) لكونه من لوازم بطلان الضمان كما في جميع الموارد التي يبطل فيها الضمان.

(١٨٤) لفرض بطلان الضمان بالنسبة إليه.

(١٨٥) لفرض كونه خارجاً عن حقيقة الضمان بحسب الجعل الشرعي والجعل الاعتباري العقدي.

(١٨٦) أما أصل ثبوت الخيار فلعدم إمكان الوفاء بالشرط وهو موجب للخيار كما تقدم في أحكام الشروط.

وأما كونه للضامن أيضاً إذا كان الشرط له، فقد يقال: بعدم صحته لأن مرجعه حينئذٍ إلى التزام المضمون له قبوله إن أداه الضامن إليه فلا يخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن.

ولا يخفى بطلانه، لأن مرجع الشرط ـ إذا كان الشرط للضامن ـ إلى التزام أن يؤدي الضامن المال من المال المعين، ومع التلف ينقص هذا الإلتزام فيكون له الخيار، وإن كان الخيار لهما فمرجعه إلى التزام من الضامن بأن يؤدي المال من المال المخصوص، والتزام من المضمون له بأن يقبله ومع التلف يكون لهما الخيار فما ذكره في المتن هو الصحيح.

(١٨٧) لأن الشرط كان خارجاً من حقيقة العقد وهو واقع على ضمان المال والمنساق منه عرفاً تمام المال والمفروض أنه التزام بالعقد بلا شرط.

يكون الدين في عهدة ذلك المال فلا يصح (١٨٨).

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه فإن قلنا إن الضامن هو المولى ـ للانفهام العرفي أو لقرائن خارجية ـ يكون من اشتراط الضمان في مال معين وهو الكسب الذي للمولى، وحينئذٍ فإذا مات العبد تبقى ذمة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود ويبطل إن كان على وجه التقييد (١٨٩)، وإن انعتق يبقى وجوب الكسب عليه (١٩٠)، وإن قلنا إن الضامن هو المملوك وإن مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان فإذا مات لا يجب على المولى شيء وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب عليه.

---

(١٨٨) غاية ما يقال: في وجه عدم الصحة أن المال لا عهدة له حتى يتعلق به الضمان وليس لهم دليل غير ذلك.

وفيه: إن الاعتباريات خفيفة المؤنة، والعهدة من الأمور الاعتبارية العقلائية فلا يعتبرون العهدة لمن لا يتمكن من المال أصلاً بخلاف من يتمكن منه، ومرجع التمكن إلى المال فالعهدة الاعتبارية ترجع بالآخرة إليه والضامن واسطة في الإيصال لا أن يكون له موضوعية خاصة، ومرجع تعين الضمان والعهدة في مال معين أن المضمون له يصح أن يأخذ المال بدون اطلاع الضامن لفرض تعلق حقه به، وقد تقدم في المسألة الخامسة عشر من مسائل ختام الزكوة: أن الحاكم الشرعي يجوز له أن يقترض على عهدة الزكوة فراجع، فكل من له السلطة والولاية على شيء يجوز له اعتبار أي جعل بالنسبة إليه ما لم ينه عنه الشارع.

(١٨٩) أي: تقييداً حقيقياً مقوماً، ووجه البطلان واضح لتبدل الموضوع والعنوان على هذا.

(١٩٠) لا وجه له مع كون الضامن هو المولى كما هو المفروض إلا إذا كان

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد فإما أن يكون على التعاقب أو دفعة، فعلى الأول الضامن من رضي المضمون له بضمانه(١٩١) ولو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق (١٩٢) ويحتمل قوياً كونه كما إذا ضمنا دفعة (١٩٣) خصوصاً بناءاً على اعتبار القبول من المضمون له فإن الأثر حاصل بالقبول نقلاً لا كشفاً، وعلى الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن (١٩٤)، وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه (١٩٥) كما عن المختلف وجامع المقاصد واختاره صاحب الجواهر أو التقسيط (١٩٦) بينهما بالنصف أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة

قبول العبد للضمان في كسبه بنحو يشمل بعد العتق أيضاً فتصير هذه الصورة مثل الصورة الأخيرة من هذه الجهة.

(١٩١) لاعتبار رضاه كما مر وحينئذٍ فإن رضي بضمان أحدهما دون الآخر صح سواء كان هو الأول أو الوسط أو الأخير لتحقق شرائط الضمان بالنسبة إليه حينئذٍ، وإن رضي بأحدهما ثم رضي بالآخر صح في الأول دون الآخر، لأنه مع اجتماع شرائط الصحة بالنسبة إلى الأول لا يبقى موضوع للآخر.

(١٩٢) لأنه مع صحة انطباق رضاه على الأول كما هو المفروض لا يبقى موضوع للثاني.

(١٩٣) فيجري فيه التفصيل الآتي.

(١٩٤)لوجود المقتضي للصحة فيه حينئذٍ وفقد المانع فلابد من الصحة.

(١٩٥) لأن تقديم أحدهما على الآخر من الترجيح بلا مرجح، والتقسيط يحتاج إلى دليل وهو مفقود في المقام، وضمان كل واحد منهما عرضاً مستقلاً لا وجه له إذ المال الواحد لا يكون في ذمتين مستقلتين وطولاً يرجع إلى الوجه الأخير فيتعين البطلان.

(١٩٦) نسبه في مفتاح الكرامة إلى ابن الجنيد، ولكن عبارته غير ظاهرة فيه

وهكذا، أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبة من شاء كما في تعاقب الأيدي (١٩٧) وجوه أقواها الأخير (١٩٨) وعليه إذا أبرأ المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر (١٩٩) إلا إذا علم إرادته إبراء أصل الدين(٢٠٠) لا خصوص ذمة ذلك الواحد (٢٠١).

واستدل عليه بعد جريان أصالة الصحة في الضمان وعدم صحة سائر الأقسام كما مر انه طريق العدل والإنصاف.

وفيه: أنه لم تثبت قاعدة العدل والانصاف بنحو الكلية.

نعم، هي جارية فيما عمل به الأصحاب لا مثل المقام الذي اختلفوا فيه على أقوال.

(١٩٧) نسب ذلك إلى ابن حمزة وارتضاه العلامة في درسه ويسمى بضمان الاشتراك، كما أن ضمان الواحد عن الكثير يسمى بضمان الانفراد.

(١٩٨) لكونه غير عادم النظير كما في الواجبات الكفائية في التكليفيات وتعاقب الأيادي على المال المغصوب في الوضعيات، ويشهد له مذاق العرف وسيرة المتشرعة في الرجوع في أموالهم إلى كل مَن جرت يده عليها من غير استنكار لذلك فيما بينهم بل يستنكر قول مَن منعهم عن ذلك.

وما يقال من أنه صحيح بناء على أن الضمان: ضم ذمة إلى ذمة أُخرى كما نسب إلى العامة، وأما بناءً على أنه انتقال المال من ذمة إلى ذمة أُخرى فلا وجه له.

باطل: لفرض أن الانتقال طولي لا أن يكون عرضياً، ولا محذور فيه من عقل أو نقل.

(١٩٩) لأنه لا معنى لاشتغال الذمم طولاً إلا هذا.

(٢٠٠) وكذا لو أراد استيفاء أصل الدين من فعله هذا وكل منهما خلاف الظاهر يحتاج إلى قرينة معتبرة في البين.

(٢٠١) وتلخيص المقام أن الوجوه المتصورة في الضمان أربعة:

(مسألة ٢٧): إذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه فإن رضي المضمون له بهما صح (٢٠٢)، وحينئذٍ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدراً تحول ما على كل منهما إلى ذمة الآخر(٢٠٣)، ويظهر الثمر في الإعسار واليسار، وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر (٢٠٤) بناءاً على افتكاك الرهن بالضمان، وإن كانا مختلفين قدراً أو جنساً أو تعجيلاً وتأجيلاً أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر(٢٠٥)، وإن رضي المضمون له بأحدهما دون الآخر كان الجميع عليه(٢٠٦)، وحينئذٍ فإن أدى الجميع رجع على الآخر بما أدّى حيث إن

الأول: الوحدة في كل من الضامن والمضمون له.

الثاني: التعدد في الجميع.

الثالث: الوحدة في الضامن والتعدد فيهما.

الرابع: التعدد فيه والوحدة فيهما، وفي موارد التعدد إما أن يكون بنحو الطبيعة السارية في الجميع أو من سنخ الحكم التخييري، والكل صحيح ما لم يكن محذور في البين كما مر.

(٢٠٢) بلا خلاف ولا إشكال في الصحة من أحد، وتقتضيها أصالة الصحة وإطلاق أدلة الضمان.

(٢٠٣) لأنه لا معنى للضمان الصحيح إلا هذا.

(٢٠٤) أما الاعسار واليسار فإن ظهر كون أحدهما معسراً حين الضمان يتخير المضمون له في فسخ الضمان، فإذا فسخ استقر تمام المال على الموسر وأما الرهن فقد تقدم حكمه في (مسألة ٢٣) فراجع.

(٢٠٥) فلا تحول في جميع تلك الأقسام إلا في القسم الأول في المقدار المشترك على تأمل فيه أيضاً.

(٢٠٦) أما دين نفسه فلعدم الأداء لا مباشرة ولا ضماناً لفرض عدم رضاء

المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدّى البعض فإن قصد كونه مما عليه أصلاً أو مما عليه ضماناً فهو المتبع ويقبل قوله إن أدعى ذلك (٢٠٧)، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر التقسيط (٢٠٨) ويحتمل القرعة، ويحتمل كونه مخيراً في التعيين بعد ذلك (٢٠٩) والأظهر الأول، وكذا الحال في نظائر

المضمون له به، وأما دين صاحبه فلانتقاله إليه بالضمان.

(٢٠٧) لظهور الإجماع وبناء العقلاء في قبول قول من لا يعرف المقول إلا من قبله، لأنه أعرف بنية نفسه.

نعم، لو كان ذلك في مورد التخاصم يحتاج حينئذٍ إلى ضم اليمين لو لم يمكن إقامة البينة لقطع النزاع والخصومة.

(٢٠٨) بل الظاهر لزوم اتباع القرائن، ومع عدمها تصل النوبة إلى ما ذكره قدس سره.

أما التقسيط فهو اما قصدي أو قهري والأول مفروض العدم.

والثاني لا دليل على تعيينه في المقام بعد إمكان بعض الوجوه التالية إلا أن يقال: انه من العدل والإنصاف المغروس في الوجدان.

وفيه: انه في مقام الثبوت لا بأس به، ولكن لا دليل عليه في مقام الإثبات.

وأما القرعة فلا يعمل بها إلا فيما عمل بها الأصحاب، ولم يحرز ذلك في المقام.

وأما الأخير فأشكل عليه بأنه بعد أن ملك الآخذ المال بالقبض لا يتصور وجه للتعيين حينئذٍ لعدم الموضوع له في ملك الغير، ويمكن أن يجاب عنه بأن ملك الآخذ يكون مراعاً بتعيين المعطي فلا ملكية له قبل التعين.

وهنا وجه رابع وهو الانصراف القهري إلى ما لا أثر له إلا براءة الذمة فقط من دون أمر آخر في البين متوقف على القصد، كفك رهن أو رجوع إلى الغير بعوض أو نحو ذلك.

(٢٠٩) أما احتمال القرعة فلدعوى شمول عموم دليلها للمقام، ولكنه

المسألة كما إذا كان عليه دين عليه رهن ودين آخر لا رهن عليه فأدّى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع، وهكذا، فإن الظاهر في الجميع التقسيط (٢١٠)، وكذا الحال إذا أبرا المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه من مال الضمان أو من الدين الأصلي ويقبل قوله إذا أدعى التعيين في القصد لأنه لا يعلم إلا من قبله(٢١١).

(مسألة ٢٨): لا يشترط علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه (٢١٢)

مشكل لما عرفت ولأنها انما تثبت في مورد التحير المطلق من كل جهة، وبعد احتمال وجوه في المقام واستظهار تعيين بعضها بحسب الإفهام فلا وجه لها حينئذٍ.

وأما احتمال التعيين بعد ذلك فلا بأس به بعد كون المورد باقياً على ما كان حين انشاء الضمان والوجه في ذلك كونه تحت اختياره ما لم يلزم بملزم شرعي، والمفروض عدم ذلك ما لم يعين وتقدم ما أشكل عليه مع دفعه.

(٢١٠) بل الظاهر في الجميع ملاحظة القرائن ولو كانت مرتكزة غير ملتفت إليها تفصيلاً، ومع عدمها يمكن أن يقال بالانصراف إلى ما ليس له أثر خاص ومع العدم فالتقسيط أو التعيين بعد ذلك، وتقدم في كتاب الزكوه نظير ذلك.

(٢١١) قد يجعل ذلك كقاعدة بأن: «كلما لا يعلم إلا من قبل المدعي يقبل قوله فيه بلا بينة مع عدم المنازع في البين»، كدعوى الفقر ودعوى السيادة ونحو ذلك ولكن اثبات الكلية لذلك مشكل فلابد من التمسك به من جبر بعمل الأصحاب وقرائن معتبرة.

(٢١٢) أرسله المحقق والشهيد الثانيين إرسال المسلمات، لقاعدة الصحة من غير دليل على الخلاف إلا دعوى انه مع عدم العلم به يتحقق الغرر وهو منفي

كما لا يشترط العلم بمقداره (٢١٣) فلو أدعى رجل على آخر ديناً فقال «عليّ ما عليه» صح، وحينئذٍ فإن ثبت بالبينة يجب عليه أداؤه سواء كانت سابقة أو لاحقة (٢١٤)، وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة كذلك (٢١٥)، وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان، أو

بقاعدة «نفي الغرر» فيبطل أصل الضمان حينئذٍ، وقد نسب ذلك في مفتاح الكرامة إلى ظاهر الأصحاب.

وفيه: أولاً أن النسبة إلى ظاهر الأصحاب مشكل.

نعم، ظاهر الشرايع والقواعد ذلك.

وثانياً: أنه لا غرر فيه لا عرفاً ولا عقلاً، لأن المضمون عنه إما مديون أو لا، وعلى الأول يتحقق موضوع الضمان قهراً وفي الواقع؛ وعلى الثاني لا موضوع له أصلاً فأين يتحقق الغرر؟ ويمكن أن يستأنس لذلك بما مر في المسألة الأولى من عدم اعتبار العلم بقدر الدين إذ يستفاد منه أن الضمان مبنى على المسامحة.

(٢١٣) تقدم ما يتعلق به في المسألة الأولى فراجع.

(٢١٤) لعموم دليل اعتبار البينة من الإجماع وقوله عليه السلام: «والاشياء كلها على هذا حتى يتبين غير ذلك أو تقوم به البينة»[١]، والمراد بالسبق واللحوق سبق قيام البينة على الضمان أو لحوقه له.

(٢١٥) أما الثبوت بالإقرار الثابت على الضمان، فلعموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز وهو من القواعد المعتبرة شرعاً وعرفاً.

وأما اليمين المردودة فكما إذا أنكر المضمون عنه الدين الذي يدعيه المضمون له، ولم يكن له بينة على دعواه فتوجه على المضمون عنه اليمين على نفي دعوى المضمون له فلم يحلف ورد اليمين إلى المضمون له فحلف على ثبوت دعواه ويثبت الدين حينئذٍ، واليمين المردودة حجة في اثبات الحق

---

(١) الوسائل باب: ٤ من أبواب ما يكتسب به: ٤.

ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجة على الضامن إذا أنكره (٢١٦) ويلزم المضمون عنه بأدائه في الظاهر (٢١٧) ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقر الضامن أو رد اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان منكراً(٢١٨) وإن كان أصل الضمان بإذنه، ولابد في البينة المثبتة للدين أن تشهد بثبوته حين الضمان فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان

وفصل الخصومة كما يأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

وأما قولهﷺ «كذلك» أي قبل الضمان كما هو واضح.

(٢١٦) لعدم الاعتبار بإقراره، لكونه في حق الغير، وكذا اليمين المردودة من هذه الجهة بناء على كونها كالإقرار وإن كانت حجة لدى الحاكم في فصل الخصومة، ولا بأس بأن يكون شيء حجة من جهة وغير حجة من جهة أُخرى كما يأتي ذلك في كتاب القضاء.

(٢١٧) أخذاً له بإقراره ويمينه بالنسبة إلى نفسه لجواز التفكيك في مفاد الحجج كما يأتي في محله وتنظر في هذا اللزوم شيخنا المحقق الآغا ضياء الدين العراقي قدس سره في حاشيته الشريفة لأنه إن كان مشغول الذمة قبل الضمان فقد برئت بالضمان، وإن لم يكن مشغول الذمة فلا موجب للأداء.

ويمكن المناقشة فيه بأنه بالإقرار يثبت اشتغال الذمة ثبوتاً ظاهرياً كما في جميع موارد ثبوت الدعاوي، والانتقال إلى ذمة الضامن إنما هو في الرتبة المتأخرة، ويمكن التفكيك بين الرتبتين عقلاً وعرفاً، فإذا وردت خدشة على الرتبة الأخيرة من حيث كونه من الإقرار في حق الغير تبقى الرتبة الأولى سالمة عن الإشكال، ولعله لذلك قرر المسألة على ما في المتن بقية مشائخنا قدس سرهم.

(٢١٨) لعدم حجة شرعية لثبوت الدين في ذمة المضمون عنه أما الإقرار فلعدم كونه حجة في حق الغير كما في جميع الموارد، وكذا اليمين المردودة إلى

أو لحوقه لم يجب على الضامن أداؤه (٢١٩).

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن «عليّ ما تشهد به البينة» وجب عليه أداء ما شهدت بثبوته حين التكلم بهذا الكلام (٢٢٠) لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه (٢٢١) فما في الشرائع الحكم بعدم الصحة لا وجه له، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله «لأنه لا يعلم ثبوته في الذمة» إلا أن يكون مراده في صورة إطلاق البينة المحتمل للثبوت بعد الضمان (٢٢٢)، وأما ما في الجواهر من أن مراده بيان عدم صحة ضمان ما

المضمون له، لأنها كالإقرار فلا تنفذ بالنسبة إلى الغير.

(٢١٩) للأصل بعد عدم قيام حجة معتبرة على ثبوت الدين حال الضمان.

(٢٢٠) لأنه هو الظاهر من سياق هذا الجملة المذكورة في لسانه.

(٢٢١) أي: حين الضمان، وهذا من المسلمات في المحاورات المستفادة من مثل هذه الجملة «عليّ ما تشهد به البينة».

ثم ان هذه الجملة يحتمل ثبوتاً فيها أمور:

الأول: ما قلناه واستفدناه من المحاورات.

الثاني: أعم من الثبوت الفعلي وما يثبت بعد ذلك.

الثالث: خصوص ما يثبت بعد ذلك والاحتمالان الآخران صحيح ثبوتاً، ولكن ظاهر هذا الكلام آب عن اثباته بحيث يصح الاحتجاج به في المحاورات إلا مع وجود قرينة معتبرة على تعيين أحدهما، ومن ذلك يمكن أن يجعل النزاع في الصحة وعدمه لفظياً يعني: أن مَن يقول بالصحة أي الشهادة الفعلية، ومن يقول بعدم الصحة أي: في أحد الاحتمالين الآخرين الذي قلنا بقصور الكلام عن اثباته في مقام الاحتجاج، ومن يقول بالصحة فيهما أيضاً أي مع وجود القرينة المعتبرة بحيث يصح الاحتجاج.

(٢٢٢) وهذا هو القسم الأخير الذي ذكرناه.

يثبت بالبينة من حيث كونه كذلك لأنه من ضمان ما لم يجب حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينة طريقاً بل جعل العنوان ما يثبت بها والفرض وقوعه قبل ثبوته بها، فهو كما ترى لا وجه له (٢٢٣).

(مسألة ٣٠): يجوز الدور في الضمان (٢٢٤) بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل وما عن المبسوط من عدم صحته لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس، ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان، مردود بأن الأول غير صالح للمانعية (٢٢٥) بل الثاني أيضاً كذلك، مع أن الفائدة تظهر في الإعسار واليسار وفي الحلول والتأجيل

---

(٢٢٣) لبعده عن ظاهر الكلمات، مع انه لابد، وأن يذكر هذا الفرع حينئذٍ في أول بيان شروط الضمان، وبناء على توجيه صاحب الجواهر يصير النزاع لفظياً بينهم كما مر فإن كان من ضمان ما لا يجب فلا يصح لظهور اتفاقهم عليه وإلا فيصح.

وخلاصة كلماتهم في توجيه كلام صاحب الشرايع ومن تبعه وجوه..

فتارة: يحمل على ضمان المجهول كما عن مفتاح الكرامة.

وأخرى: على ضمان ما ليس مفروض الثبوت حال الضمان كما عن المسالك وجامع المقاصد.

وثالثة: على ضمان ما لم يجب كما عن صاحب الجواهر.

ورابعة: على عدم العلم بالثبوت حتى بعد الضمان

ويمكن أن يكون الكل من تفسير ما لا يرضى صاحبه.

(٢٢٤) لإطلاق الأدلة وأصالة الصحة وعدم المانع من عقل أو نقل.

(٢٢٥) إذ لا مانع في صيرورة الفرع أصلاً وبالعكس في الاعتباريات القائمة بالاعتبار، وكذا الإشكال الثاني لأن عدم الفائدة لا يوجب خروج المورد عن تحت الإطلاق والأصل بعد وجود غرض صحيح في البين بل هو الفائدة حينئذٍ

والإذن وعدمه (٢٢٦) وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال (٢٢٧).

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن يضمن عنه بالوفاء من طرف الخمس أو الزكاة أو المظالم أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمته مشغولة بها فعلاً (٢٢٨). بل وإن لم تشتغل فعلاً على

فلا معنى لنفي الفائدة بقول مطلق.

(٢٢٦) بلا إشكال فيه ومر نظيره في المسألة السابعة والعشرين.

(٢٢٧) للأصل والإطلاق وظهور الاتفاق.

(٢٢٨) لأنه من أحسن موارد عون المؤمن المأذون فيه عقلاً وشرعاً والمرغب إليه بنصوص مستفيضة منها قولهم عليهم السلام: «الله تعالى في عون العبد مادام العبد في عون أخيه المؤمن»[1]، فمثل هذه الأدلة يعطي نحو إذن شرعي وولاية شرعية لذوي الحقوق في صرف حقوقهم في مصارف الفقراء، إلا فيما دل دليل خاص على توقفه على إذن شخص خاص كسهم الإمام عليه السلام ورد المظالم بناء على توقف أدائه على الإذن، وكذا المتواترة الواردة في الترغيب إلى قضاء حاجة المؤمن[2]، فيضمن ويؤدي فيما لا يحتاج إلى الإذن أو يضمن ويؤدي ثم يستأذن ممن له الإذن فلا مانع من ذلك من عقل أو شرع.

إن قيل: فيما يحتاج إلى الإذن ثم يستأذن يكون من الفضولي.

يقال: لا بأس به لما أثبتناه انه موافق للقاعدة وعمدة إشكالهم رحمهم الله في المقام عدم ولاية المالك لذلك.

وفيه: انه لا ريب في أن ولاية الصرف له في مطلق الصدقات إلا في سهم الإمام عليه السلام ورد المظالم على قول، مع ان ما ذكرناه من النصوص اذن وولاية عرفاً.

---

(١) الوسائل باب: ٢٩ من أبواب فعل المعروف حديث: ٢.

(٢) راجع الوسائل باب: ٢٥ من أبواب فعل المعروف.

وبالجملة: ولاية الحسبة للمؤمنين لمثل هذه الأمور ثابتة قطعاً لمن تأمل في مذاق الشريعة المقدسة السمحة السهلة فيصح الضمان حينئذٍ.

والإشكال عليه أولا: بأن الصحة متوقفة على ثبوت الولاية للضامن والأصل عدمها كما ثبت في محله.

مردود، بأن الولاية عبارة عن صحة القيام بالعمل والإذن من الشارع فيه، وظهر مما مر صحة كل منهما فتتحقق الولاية قهراً واعتبار الزائد على ذلك مشكوك ومنفي بالأصل.

وثانياً: بأن في مثل الخمس ونحوه تمليك للمستحق ولا وجه لتمليك الضامن فلا يصح ذلك.

وهو مخدوش أولاً بأنه لا فرق في الصدقات مطلقاً من الزكاة والخمس فإن استفادوا ذلك من كلمة «اللام» في قوله تعالى: ﴿**فأن لله خمسه**﴾[1]، هنا وبين تلك الكلمة في قوله تعالى: ﴿**إنما الصدقات للفقراء**﴾[2]، والمتحصل من مجموع الإثنين في الموردين بيان مصرف المال.

نعم، يتملك المستحق بالأخذ وهذا غير أن يقصد المعطي التمليك كما هو واضح.

وثانياً: على فرض انه يعتبر التمليك فأي مانع من أن يقصد التمليك بعد كون المورد مأذون من الشارع الذي هو ولى الملك بالعمومات والإطلاقات التي مرت الإشارة اليها.

ودعوى: أن كلامه هنا مناف لما مر منه ﷺ في (مسألة ٢٤) فيمكن دفع المنافاة بأن مراده في (مسألة ٢٤) المال الخاص المعين الذي ليس للمضمون له معرضية أخذه بدون الضمان، وهو غير متحقق في المقام لفرض أن للمضمون له معرضية أخذ الحقوق المنطبقة عليه، وهذا المقدار من الفرق يكفي في رفع

---

(١) سورة الأنفال: ١١.

(٢) سورة التوبة: ٦٠.

إشكال(٢٢٩).

التنافي كما هو معلوم.

وتوهم انه من صرف الحقوق في الوفاء عن ذمة المالك فلا يصح مطلقاً ـ زكاة كان أو غيرها ـ.

فاسد: لأن ذمة المالك يتصور على قسمين:

الأول: ذمة شخصية من حيث هو.

الثاني: كونه طريقاً إلى الوفاء عن ذمة المديون الذي تنطبق عليه الحقوق ولا إشكال فيه والمقام من الثاني دون الأول.

ثم انه لا فرق بين أن يكون ذلك من الضمان الاصطلاحي أو التعهد بالوفاء المنطبق عليه عرفاً.

ودعوى: أنه حينئذٍ يرجع إلى الوعد الذي لا يجب الوفاء به.

مردود، لفرض انه تعهد بذلك، ولفرض صدق الضمان عليه عرفاً فكيف يكون هذا وعداً؟!

(٢٢٩) منشأه انه اختص الضمان بما لا تحقق ولا ثبوت له، فيكون من اشتراط الضمان في مال معين لا وجود له فيبطل.

وفيه: ان محتملات هذا الضمان ثلاث:

الأول: أنه يضمن دينه ويشترط بأن يحصل دينه من الحقوق، وهو صحيح لصحة اشتراط شيء في الضمان.

الثاني: انه في معرض ثبوت الحق معرضية قريبة عرفية، وهو أيضاً صحيح، لأنه ليس من ضمان ما لم يجب عرفاً.

الثالث: أن لا يكون من هذين القسمين فلا يشترط تحصيل دينه من حقوق غيره، وليس بنفسه معرضاً له ولا يضمن بالذمة المطلقة، والظاهر البطلان حينئذٍ فلا يبقى بعد ذلك مورد للإشكال.

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين الذي على المديون زكاة أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم الشرعي (٢٣٠) بل ولآحاد الفقراء على إشكال (٢٣١).

(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل، لأنه ليس من التبرعات بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئة، وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات.

نعم، على القول بالثلث يخرج منه (٢٣٢).

(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح ضمانه كما إذا كان عليه خياطة ثوب مباشرة وكما إذا اشترط أداء الدين من مال معين للمديون، وكذا لا يجوز ضمان الكلي في المعين كما إذا باع

---

(٢٣٠) لأن له الولاية على الصدقات والاستيلاء عليها فيصح صدق المضمون له بالنسبة إليه عرفاً وشرعاً، فتشمله العمومات والإطلاقات قهراً.

(٢٣١) منشأه انه ليس لهم ملكية فعلية أو حق فعلي حتى يصح الضمان، ولكنه مخالف للأدلة الدالة على «أن الله تعالى شرّك بين الأغنياء والفقراء في الأموال»[1]، والمشهور ذهبوا إلى أن هذه الشركة شركة عينية خارجية، وذهب المحققون من متأخر المتأخرين إلى أن الشركة شركة حقية إما بنحو حق الرهانة أو حق منذور التصدق أو نحو حق خاص ومتعلقه الكلي في المعين، وقد فصلنا القول في كتاب الزكوة والخمس فراجع، فلا إشكال في صحة الضمان بناء على الشركة العينية وكذا بناء على الحقية فراجع وتأمل.

(٢٣٢) المسألة مبنية على أن منجزات المريض في مرض الموت هل

---

(١) راجع الوسائل باب: ٤ من أبواب المستحقين للزكاة حديث: ٤.

صاعاً من صبرة معينة، فإنه لا يجوز الضمان عنه والأداء من غيرها مع بقاء تلك الصبرة موجودة (٢٣٣).

(مسألة ٣٥): **يجوز ضمان النفقة الماضية للزوجة لأنها دين على الزوج (٢٣٤) وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنة في صبيحته لوجوبها عليه حينئذٍ (٢٣٥)، وإن لم تكن مستقرة لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءاً على سقوطها بذلك (٢٣٦)، وأما النفقة المستقبلة فلا يجوز**

تخرج من الأصل أو من الثلث، وفصلنا القو ل فيها في كتاب الوصية وأخترنا خروجها من الأصل فراجع، والوجه في صدر المسألة واضح حسب ما ذكره ﷺ.

(٢٣٣) الفروع الثلاثة المذكورة في هذه المسألة لا تخلو عن أقسام ثلاثة:

الأول: أن تكون اشتراط المباشرة والاداء من المال المعين والكلي في المعين من باب وحدة المطلوب دقة حقيقية فلا موضوع للضمان حينئذٍ، لأنه خلف.

الثاني: أن يكون ذلك كله من تعدد المطلوب كما هو الغالب في مثل هذه الأمور عرفاً، والظاهر الجواز.

الثالث: ما إذا شك في أنه من أي القسمين، ومقتضى أصالة الصحة والإطلاقات والعمومات الحاقة بالقسم الثاني، هذا إذا كانت الخصوصية قيداً لعمل المضمون عنه، وأما إذا كانت قيداً لنظره فلا ريب في صحة الضمان حينئذٍ فتقع خياطة الضامن بنظر المضمون عنه وأدائه للدين من المال المعين بنظره ووفائه له من الكلي في المعين كذلك.

(٢٣٤) سيأتي تفصيله في النفقات من كتاب النكاح.

(٢٣٥) فيكون المقتضي لاشتغال الذمة موجوداً والمانع عنه مفقوداً فيصح الضمان لا محالة، فإن المتعارف بين الناس انهم يرون أن الزوج مشغول الذمة بالانفاق على زوجته بما هو متعارف بين طبقاتهم المختلفة.

(٢٣٦) هذا بناء على الثبوت المستقر أول اليوم ثم السقوط بالنشوز من

ضمانها عندهم لأنه من ضمان ما لم يجب، ولكن لا يبعد صحته لكفاية وجود المقتضى وهو الزوجية (٢٣٧)، وأما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى لعدم كونها ديناً على من كانت عليه (٢٣٨) إلا إذا أذن

الأول ولكنه لا دليل عليه، وكذا بناء على الثبوت المتزلزل المراعى بعدم النشوز كماهو المنساق من الأدلة.

وأما الثبوت في الذمة مطلقاً أو الثبوت والسقوط بالنشوز من حينه فمقتضى الأصل عدمهما وعدم دليل ظاهر عليهما، ويأتي التفصيل في النفقات في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

(٢٣٧) مع احراز عدم النشوز بالقرائن المعتبرة وكون مدة الضمان مدة يسيرة يمكن أن يقال بالصحة لأنه بمنزلة الثابت عرفاً، وتقدم في الشرط الثامن من شروط الضمان ما ينفع المقام فراجع.

(٢٣٨) للأصل والإجماع وسيرة المتشرعة وعدم قضاء ما فات عنهم من نفقة الأقارب.

ودعوى: ان الأصل هو القضاء في كل حق مالي لآدمي كما عن صاحب الجواهر.

مخدوش، لظهور الكلمات في أنها من مجرد الحكم التكليفي كنجاة النفس المحترمة من الجوع والهلاكة، ولم يحتمل أحد القضاء لو فات نجاة النفس المحترمة عن شخص.

وبالجملة الاحتمالات ثلاثة:

الأول: ثبوت كونها حقاً مالياً لآدمي.

الثاني: الشك في أنها حق أو من مجرد الحكم.

الثالث: ثبوت كونها من مجرد الحكم التكليفي، ومقتضى الأصل عدم القضاء في الأخيرين إلا بدليل صحيح يدل عليه وهو مفقود، ويأتي في أحكام

للقريب أن يستقرض وينفق على نفسه أو أذن له الحاكم في ذلك (٢٣٩)، إذ حينئذٍ يكون ديناً عليه، وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب ـ مضافاً إلى أن وجوب الانفاق حكم تكليفي ولا تكون النفقة في ذمته ـ ولكن مع ذلك لا يخلو عن الإشكال (٢٤٠).

(مسألة ٣٦): الأقوى جواز ضمان مال الكتابة سواء كانت مشروطة أو مطلقة (٢٤١)

النفقات تتمة الكلام.

(٢٣٩) لثبوت الإذن الشرعي في الاستقراض في كل منهما فيصير ديناً على المنفق ويتحقق موضوع الضمان حينئذٍ.

(٢٤٠) وجه الإشكال أن الوجوب التكليفي على قسمين:

الأول: ما كان تكليفياً محضاً غير منوط بالمال كوجوب رد السلام مثلاً.

الثاني: ما كان متعلقه المال بحيث يكون الوجوب بدون ملاحظته كاللغو الباطل، وفي مثله يمكن أن يقال بالاشتغال في الجملة كما في ما نحن فيه فيتحقق منشأ الاشتغالين التكليفي والوضعي ـ في الذمة ـ في الجملة.

ولكن إرسالهم بأن وجوب نفقة الأقارب تكليفي محض يوجب وهن الإشكال.

والحاصل أن الإنفاق أقسام ثلاثة:

الأول: ذمي محض فيتبعه الوجوب التكليفي كنفقة الزوجة.

الثاني: تكليفي محض كانجاء النفس المحترمة، اذ لم يتوهم أحد اشتغال الذمة فيه لو ترك.

الثالث: ما هو مشوب بهما كنفقة الأقارب، وهذا وجه حسن ثبوتاً والاستدلال عليه بظواهر الأدلة لولا إجماعهم على عدم اشتغال الذمة في الأخير، ولكن البحث في اعتبار مثل هذا الإجماع، ويأتي الكلام في أحكام النفقات.

(٢٤١) كما عن جمع كثير منهم المحققين والشهيدين والعلامة، وعن بعض

لأنه دين في ذمة العبد (٢٤٢) وإن لم يكن مستقراً لامكان تعجيز نفسه(٢٤٣)، والقول بعدم الجواز مطلقاً أو في خصوص المشروطة معللاً بأنه ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم، ضعيف (٢٤٤) كتعليله، وربما يعلل بأن لازم ضمانه لزومه مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم فيكون في الفرع لازماً مع أنه في الأصل غير لازم وهو أيضاً كما ترى (٢٤٥).

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الاتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية فقيل بعدم الجواز لعدم ثبوته في الذمة قبل العمل، والأقوى وفاقاً لجماعة الجواز (٢٤٦)، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأول وسقوطه إذا لم يعمل، ولا لثبوته من الأول بشرط مجيء العمل في المستقبل إذ الظاهر أن الثبوت إنما هو بالعمل بل لقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾، ولكفاية المقتضي للثبوت (٢٤٧)

دعوى عدم الخلاف في المطلقة.

(٢٤٢) بلا إشكال فيه من أحد ويقتضيه العرف والوجدان.

(٢٤٣) فيسقط الدين حينئذٍ بسقوط اعتبار الذمة بعد العجز عن الأداء.

(٢٤٤) نسب هذا القول إلى الشيخ في المبسوط ووجه ضعفه أنه لا دليل على اعتبار اللزوم والرجوع إليه في صحة الضمان، وانما المعتبر هو الدين فعلاً أو ما هو له معرضية قريبة عرفاً.

(٢٤٥) لأنه لا دليل من عقل أو نقل على بطلانه، ومقتضى أصالة الصحة والإطلاق صحته كما في ضمان الثمن مثلاً في زمن الخيار، فالدليلان باطلان سواء عد كل واحد منهما دليلاً مستقلاً للاختلاف الاعتباري الذي يكون بينهما أو أرجع الأول إلى الثاني.

(٢٤٦) منهم الشيخ والعلامة.

(٢٤٧) إذا كان قريباً عرفاً كما هو الواقع كثيراً بين الناس في هذه الأعصار.

في صحة الضمان ومنع اعتبار الثبوت الفعلي، كما أشرنا إليه سابقاً (٢٤٨).

(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد ونحوهما على قولين، ذهب إلى كل منهما جماعة، والأقوى الجواز (٢٤٩) سواء كان المراد ضمانها بمعنى التزام

ويمكن أن يقال: إن الضمان على الأقسام:

الأول: ما كان تحويلاً لذمة المضمون عنه في الدين الفعلي.

الثاني: ما كان كذلك فيما كان له معرضية قريبة للفعلية.

الثالث: ما كان التزاماً وتعهداً للمضمون عنه بشيء.

والكل صحيح للعموم والإطلاق وأصالة الصحة، وواقع في الخارج عند العرف، فلا يكون التمسك بالعمومات والإطلاقات من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك كما عن بعض مشائخنا[1] ﷺ، ولا موجب للاقتصار على القسم الأول من عقل أو نقل، فليكن نظائر المقام من القسم الأخير، وما هو المعروف من أن الضمان: «نقل ذمة إلى ذمة أخرى» انما هو من باب الغالب لا من باب التخصيص.

ومن ذلك يظهر أنه يمكن أن يكون نزاعهم في مثل هذه الفروع صغروياً لا أن يكون نزاعاً علمياً كبروياً.

(٢٤٨) راجع الشرط الثامن من شروط الضامن.

(٢٤٩) تبعاً لجمع منهم الشيخ والمحقق والعلامة «رحمهم الله تعالى»، ولابد من بيان أمور:

الأول: الضمان كسائر عناوين العقود والإيقاعات من المفاهيم العرفية يدور تحققها مدار الصدق العرفي ما لم يردع الشارع عنه، فمهما يصح صدقه كذلك تشمله الأدلة، ومقتضى المرتكزات صحة العقد، ولا يكون التمسك

---

(١) هو المحقق العراقي رضوان الله تعالى عليه.

ردّها عيناً (٢٥٠) ومثلها أو قيمتها على فرض التلف أو كان المراد ضمانها

بالعمومات والإطلاقات من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك كما مر.

الثاني: الظاهر أن الضمان بأي وجه كان سواء كان ضماناً عقدياً أو ضمان اليد لا ربط له بالحكم الشرعي وإن وجب الوفاء في الأول والأداء في الثاني كما في جميع الوضعيات التي يكون في موردها حكم شرعي، فاحتمال المنع في المقام من هذه الجهة كما نسب إلى جامع المقاصد مخدوش.

الثالث: كما يصح اعتبار الدين في ذمة الضامن ونقله من ذمة المضمون عنه اليها كذلك يصح اعتبار العين في ذمته أيضاً، إذ الاعتبار خفيف المؤنة جداً.

وعن جمع من محققي مشائخنا﴿رحمهم الله﴾ في الأعيان المغصوبة وما يلحق بها إن نفس العين في ذمة الغاصب بشخصها ثم تتبدل إلى المالية مثلاً أو قيمة حين الأداء مع التلف أو تعذر رد الشخص أو النوع، فيجوز في المقام اعتبار نفس العين في ذمة الضامن كما في ضمان الدين بلا محذور فيه.

الرابع: تقدم في بيان الشرط السابع من شروط الضمان عدم الدليل على بطلان التعليق في الضمان إلا الإجماع وتحققه في المقام مشكل، لذهاب جمع الى الصحة، مع أنه في الواقع من التعليق على مقتضى العقد، ومنه يظهر المناقشة في دعوى الإجماع في أصل المسألة، فلا دليل على بطلانه من هذه الجهة أيضاً، مع أن معنى الضمان هو التعهد وهو فعلي مطلقاً والتعليق انما هو في أثره لا في ذات التعهد كما لا يخفى، وفي مثله لا دليل على البطلان أصلاً بل هو واقع في العقود كثيراً كالجعالة والسبق والرماية والسلف والنسيئة وغيرها.

(٢٥٠) الوجوه المحتملة ثلاثة:

الأول: ضمان العين بمعنى تعهد ردها عيناً مع البقاء ورد ماليتها مع التلف، والمالية إما بالمثل أو بالقيمة فيتحقق الضمان أولاً وبالذات بالعين ومع التلف بالبدل.

بمعنى التزام مثلها أو قيمتها إذا تلفت، وذلك لعموم قوله ﷺ «الزعيم غارم» والعمومات العامة مثل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، ودعوى أنه على التقدير الأول (٢٥١) يكون من ضمان العين بمعنى الالتزام بردها مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أُخرى.

وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد فيكون من ضم

الثاني: تعهد المثل أو القيمة إذا تلف فتعلق الضمان أولاً وبالذات بالبدل لكن في ظرف تلف العين.

الثالث: ضمان المالية المتحققة في العين والبدل طولاً، والفرق بينه وبين الوجه الأول أن في الوجه الأول تعلق العهد أولاً وبالذات بنفس العين الشخصية بخلاف الوجه الأخير فأنه تعلق بالمالية المتحققة بخصوص العينية.

تارة: وبالبدل .

أُخرى: بحيث يكون التقيد داخلاً والقيد خارجاً.

وكل هذه الوجوه ثبوتاً لا محذور فيه ويأتي التعرض للاشكالات والجواب عنها.

(٢٥١) هذا هو الإشكال الأول، كما أن قوله ﷺ: «من ضم ذمة إلى ذمة أُخرى» هو الإشكال الثاني، وقوله ﷺ: «من ضمان ما لم يجب» هو الإشكال الثالث، وقد ذكر هذه الإشكالات في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما؛ وقد ذكر إشكال أنه حكم شرعي لا يقبل الضمان وليس بحكم وضعي وهو من مجرد الادعاء كما مر، وكل هذه الإشكالات مخدوشة:

أما الأول: فلإمكان اعتبار العين في العهدة سواء كانت عهدة شخص أو أشخاص طولاً كما في الأيادي المتعاقبة.

وتوهم: انه يلزم وجود شيء واحد في محلين لأن العين موجودة في الخارج فلو وجدت في الذمة يلزم المحذور .

مدفوع: بأنه لا محذور في تعدد الوجود إذا كان بالاختلاف كما في الوجود الخارجي والذهني والاعتباري، وفي المقام أحد الوجودين خارجي والآخر اعتباري فلا محذور من هذه الجهة، ولا ينافي ذلك كون الضمان نقل الحق من ذمة إلى أُخرى لعدم المنافاة بين المثبتين بعد كونهما موافقاً للعرف والاعتبار، وكون الغالب فيه كونه نقل الحق لا يوجب تقوم حقيقته به مع إمكان تصوير التعميم فيه، وهذا الإشكال عام في جملة من عناوين العقود التي عرّفت بما هو الغالب فيها، مع أن حقائقها أعم منه وقد تقدم نظيره في أول كتاب البيع.

أما الثاني: فإن كان ذلك عرضياً لا يصح عندنا، وإن كان طولياً كما في الأيادي المتعاقبة فلا محذور فيه، وقد تقدم في (مسألة ٢٦).

أما الأخير فقد مر غير مرة أنه مع المنشائية القريبة العرفية ليس من ضمان ما لم يجب عرفاً وإن كان كذلك دقة ولكن الشرعيات ليست مبنية على الدقيات.

أما الإشكال على التمسك بالعمومات بأنه من التمسك بالدليل في الموضوع المشكوك فلا وجه له، لفرض أن العرف يراه ضماناً، فالموضوع محرز عرفاً والأدلة منزلة عليه.

وأما الإشكال على النبوي: «الزعيم غارم»[١]، بخبر حسن بن خالد قال: «قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك قول الناس الضامن غارم، فقال عليه السلام: ليس على الضامن غرم الغرم على آكل المال»[٢]، فالمراد به استقرار الغرم عليه لا نفي تحقق الغرم ولو في الجملة ثم صحة الرجوع فيما غرم إلى المضمون عنه، فإن الغرم في الجملة للضامن مقوم حقيقة الضمان كما هو معلوم فلا تنافي بين النبوي والحديث.

فيصح جعل النبوي من أدلة الضمان بعد شهادة نفس الكلام بصدوره عنه صلى الله عليه وآله.

---

(١) (٢) تقدما في صفحة: ٢٣٠.

ذمة إلى أُخرى وليس من مذهبنا، وعلى الثاني يكون من ضمان ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبة إلى رد المثل أو القيمة عند التلف، مدفوعة بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح (٢٥٢) وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضر بعد ثبوت المقتضي (٢٥٣) ولا دليل على عدم صحة ضمان ما لم يجب من نص أو إجماع ـ وإن اشتهر في الألسن ـ بل في جملة من الموارد حكموا بصحته (٢٥٤) وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع (٢٥٥) وأما ضمان الأعيان الغير المضمونة كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقق سبب

---

(٢٥٢) بعدما تقدم في الشرط السابع من صحة كون الضمان في ضمان الأعيان المضمونة فعلياً وآثاره تعليقياً يصير هذا من الضمان المصطلح ولا إشكال فيه.

(٢٥٣) خصوصاً إذا كانت له معرضية قريبة عرفاً.

(٢٥٤) الظاهر أن تلك الموارد هي التي تكون فيها المعرضية العرفية بحيث لا يتشكك المتعارف في صحة الضمان فيها.

(٢٥٥) هذا. وأما الإشكال على ضمان الاعيان المضمونة بأنه لا وجه له أصلاً، لأن هذا الضمان إما بمعنى الوعد بالوفاء أو بمعنى التزام الوفاء عمن وجب الوفاء عليه شرعاً، فإن كان المراد به هو الأول فلا يب ولا إشكال في أن مورد الوعد لا يجب الوفاء فيخرج عن موضوع الضمان قهراً، فإن كان المراد به هو الثاني فهو مثل ما إذا التزم أحد بإتيان الفريضة اليومية عن شخص آخر، ولا ريب في عدم صحته وعدم السقوط عن الآخر وعدم كفاية اتيان الضامن فلا معنى للضمان على التقديرين أصلاً.

فاسد: لأنه خلط بين الحكم التكليفي والوضعي؛ إذ لا ريب في عدم صحة الضمان في مورد الأحكام التكليفية العينية بالنسبة إليها، وأما إذا كانت في المورد

ضمانها من تعدّ أو تفريط فلا خلاف بينهم في عدم صحته (٢٥٦). والأقوى بمقتضى العمومات صحته أيضاً (٢٥٧).

جهة وضعية فلا إشكال في صحة الضمان كذلك فيجب على المضمون عنه الخروج عن تلك الجهة الوضعية، كما يصح الضمان بالنسبة اليها توثيقاً للوفاء والاداء بعد كون الضمان كالرهن على الشيء من جهة وإن كان غيره من جهات.

(٢٥٦) أدعى في الجواهر: عدم الإشكال والخلاف فيه، ونسبه في التذكرة إلى علمائنا معللين بأنه غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد فلا موضوع للضمان فيها.

وفيه: أن دعوى عدم الخلاف والنسبة إلى العلماء (رحمهم الله) مع ما ذكروه من التعليل يكشف عن استنادهما إلى العلة المذكورة لا أن يكون إجماعاً تعبدياً، وأما العلة فصحيحة لا بأس بها؛ ولكن يتصور الضمان فيها..

تارة: بلحاظ عدم موجب الضمان أصلاً والحق معهم لأن ما لا يتصور فيه موجب الضمان يكون الضمان لغواً حينئذٍ.

وأُخرى: يلحظ مع لحاظ موجبه ولا مانع حينئذٍ من عقل أو نقل من صحة اعتبار هذا الضمان فيرجع إلى الضمان الفعلي التعليقي الأثر، ولا محذور فيه أصلاً وشمول إجماعهم ـ على فرض تحققه ـ لمثله مشكل بل ممنوع.

(٢٥٧) أي: بلحاظ الطواري الموجبة للضمان، وقد ظهر صحته مما قلنا آنفاً. فلا وجه للإشكال عليه كما عن جمع من مشائخنا (رحمهم الله) لعدم الموضوع للتمسك بالعمومات أو التشكيك فيه فكيف يتمسك فيه بالعمومات؟!

وفيه: بعد إمكان فرض صحته فيكون الموضوع عرفي يصح التمسك فيه بالعمومات.

وخلاصة المقام لنا أن نقول: بصحة الضمان في كل ما فرض فيه غرض صحيح غير منهي شرعاً، وضمان الأعيان المضمونة والغير المضمونة يمكن أن

(مسألة ٣٩): يجوز عندهم بلا خلاف بينهم (٢٥٨) ضمان درك الثمن(٢٥٩) للمشتري إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرط من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن ـ كما قيد به الأكثر (٢٦٠) ـ أو مطلقاً ـ كما أطلق آخر (٢٦١) ـ وهو الأقوى (٢٦٢) قيل: وهذا مستثنى من عدم ضمان الأعيان (٢٦٣) هذا وأما لو كان البيع صحيحاً

يكون فيها غرض صحيح بل هو كثير الوقوع في المسائل المستحدثة العصرية.

(٢٥٨) كما عن جمع منهم صاحب الجواهر، وعن الشهيد والمحقق الثانيين دعوى اطباق الناس عليه.

(٢٥٩) يعنى يتعهد الضامن تدارك الثمن للمشتري عند عروض العوارض المذكورة وخوف المشتري أن يذهب ثمنه الذي أعطاه إلى البايع.

(٢٦٠) نسب ذلك في مفتاح الكرامة إلى أكثر الكتب ما عدى المبسوط والشرايع واللمعة، وفي الوسيلة والتذكرة والتحرير بأنه يصح مع قبض الثمن ولا يصح مع عدمه، وفي الجواهر: «أن مراد من لم يصرح به هو ما صرح به الأكثر من التقييد» ضرورة عدم دخوله في عهدة البايع الذي هو المضمون عنه إلا بقبضه.

(٢٦١) منهم الشيخ والمحقق والشهيد كما مر وحمل صاحب الجواهر إطلاق كلامهم على أن مرادهم ما نسب إلى الأكثر ولم يتعرضوا له لوضوحه.

(٢٦٢) لأن هذا نحو تأمين واستيثاق من المشتري لحفظ ماله عن التلف والضياع عند ظهور كون المبيع مستحقاً للغير، ولا مانع عنه من عقل أو شرع أو عرف بعد أن كان من لوازم الضمان الاستيثاق عرفاً، وكون الغالب فيه انتقال الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن لا يوجب تخصص ذاته وحقيقته التي تكون أوسع من الغالب بخصوص مورد الغلبة.

(٢٦٣) نسب هذا القول إلى جامع المقاصد ومنشأ الاستثناء ذهاب الأكثر إلى صحته وإطباق الناس عليها مع اختلافهم في ضمان الأعيان المضمونة مع

وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور لم يلزم الضامن ويرجع على البائع لعدم ثبوت الحق وقت الضمان فيكون من ضمان ما لم يجب بل لو صرح بالضمان إذا حصل الفسخ لم يصح بمقتضى التعليل المذكور.

نعم، في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنه هل يدخل في العهدة ويصح الضمان أو لا؟ فالمشهور على العدم، وعن بعضهم دخوله ولازمه الصحة مع التصريح بالأولى، والأقوى في الجميع الدخول مع الإطلاق (٢٦٤) والصحة مع التصريح، ودعوى أنه من ضمان ما لم يجب (٢٦٥) مدفوعة بكفاية وجود السبب، هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة

صدق التعهد والإلتزام في المقام ـ كما مر في شرح المسألة السابقة ـ والجامع العنواني القريب العرفي بين الأقسام الثلاثة التي تعرضنا لها هناك هو الضمان والتعهد ولا وجه لجعل ضمان الدرك مغايراً للقسمين الأخيرين كما فعله في المسالك، فراجع وتأمل فأنه رحمه الله لم يأت بدليل صحيح على المغايرة.

(٢٦٤) هذا الاختلاف في فروع هذه المسألة ونظائرها لفظي بينهم فكل مَن يقول بعدم صحة الضمان فيما لا يجب مطلقاً لابد له من القول بعدم صحة الضمان في جميع هذه الموارد، ومَن يقول بصحته لابد له من القول بالصحة في الجميع، وحيث قلنا بالصحة فيما له منشائية قريبة عرفاً وغرض صحيح شرعي في البين للثبوت وذلك لإقدام المتعارف عليه وعدم الاستنكار منهم له فيصح في الجميع، ولا نحتاج حينئذٍ إلى اطالة البحث في كل فرع مستقلاً فإن المناط كله وجود غرض فيه غير منهي عنه شرعاً ـ كما تقدم ـ فمع وجوده تشمله الأدلة قطعاً ومع عدمه لا موضوع للضمان قهراً.

(٢٦٥) هذه الدعوى مكررة في كلماتهم الشريفة وهي أساس ما أفتوا به من عدم صحة الضمان في أمثال هذه الموارد، ولعلهم أرادوا بقولهم: «ما لم يجب»

الثمن إذا حصل الفسخ، وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها لأن الاستحقاق له ثابت عند العقد فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أن الأقوى صحة الأول أيضاً وإن تحقق السبب حال العقد كاف، مع إمكان دعوى أن الأرش أيضاً لا يثبت إلا بعد اختياره ومطالبته فالصحة فيه أيضاً من جهة كفاية تحقق السبب، ومما ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع للبائع (٢٦٦).

(مسألة ٤٠): إذا ضمن عهدة الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً فالأقوى اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الامضاء والفسخ لتبعض الصفقة فيرجع على البائع بما قابله، وعن الشيخ ﷺ جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له (٢٦٧).

أي: ما لم يجب فعلاً ولا استعداداً وهو صحيح بلا إشكال فيه، ولكن لو أرادوا عدم الوجوب الفعلي مع الثبوت الاقتضائي الاستعدادي فهو مخالف للوجدان والعرف، بل العقل أيضاً والظاهر أنهم لا يقولون به وإن كانت عباراتهم مطلقة في الشمول لهذه الصورة أيضاً.

(٢٦٦) يظهر وجه الصحة فيه فيما مر.

وأما مايقال: من الضمان في جميع ذلك ليس من الضمان المصطلح لعدم المضمون عنه فيها فعلاً فمخدوش لأن العنوان الاعتباري كاف مادام يصح الاعتبار عرفاً كما في سائر الاعتباريات، ولا ريب في صحة اعتبار المضمون عنه بالنسبة إلى المشتري والبايع في المقام.

(٢٦٧) لعدم جواز المقتضي للرجوع إليه بالنسبة إلى الجميع، لكون الضمان مقيداً بما ظهر مستحقاً للغير وهو البعض دون الجميع، وبهذا يدفع الإشكال عن الماتن بما ذكره بعض الشراح من أن مقتضى مبني الماتن ﵀ حيث قال بصحة الضمان في المقام هو صحة الرجوع إلى الجميع.

(مسألة ٤١): الأقوى وفاقاً للشهيدين ﵄ صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير وقلع البناء والغرس فيضمن الأرش وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً للمشهور لأنه من ضمان ما لم يجب (٢٦٨) وقد عرفت كفاية السبب، هذا ولو ضمنه البائع قيل لا يصح أيضاً (٢٦٩)

وجه الدفع أن الضمان مقيد في الواقع بما ظهر مستحقاً للغير بعضاً كان أو جميعاً.

(٢٦٨) كل مَن منع عن صحة هذا الضمان علل عدم الصحة بذلك فالنزاع في هذه المسألة أيضاً لفظي فمَن يذهب إلى صحة ضمان ما لم يجب مع وجود المعرضية القريبة العرفية يقول بالصحة، ومَن لا يقول بها لا بد له من القول بالبطلان فلا وقع لمثل هذا النزاع، ولا وجه للتعبد بقول المشهور بعد مساعدة العرف والاعتبار على خلافه.

(٢٦٩) نسب عدم الصحة إلى الشيخ ﵀ وجمع من متأخر المتأخرين واستدلوا لعدم الصحة بأمور:

الأول: انه من ضمان ما لم يجب.

الثاني: انه لغو وتحصيل للحاصل لثبوت الضمان بحكم الشرع فلا وجه له حينئذٍ فيكون مثل الضمان الشخص عن نفسه.

الثالث: استنكار العرف لذلك وعدم كفاية تعدد الجهة لتعدد الضمان هذه هي الأدلة التي استدل بها لعدم الصحة.

والكل باطل أما الأول: فلما مر مراراً من أنه لا دليل من عقل أو نقل على هذه القاعدة بنحو الكلية خصوصاً إذا كانت في البين معرضية قريبة للثبوت بحيث يراه العرف كأنه ثابت.

وأما الثاني: فلإمكان فرض الثمرة كما ذكر في المتن تبعاً للمسالك

كالأجنبي وثبوته بحكم الشرعي لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان، وقيل بالصحة لأنه لازم بنفس العقد فلا مانع من ضمانه لما مر من كفاية تحقق السبب (٢٧٠) فيكون حينئذٍ للضمان سببان نفس العقد والضمان بعقده، ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حق الضمان الثابت بالعقد فإنه يبقى الضمان العقدي (٢٧١) كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما، وقد يورد عليه (٢٧٢) بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه والمقام من هذا القبيل، ويمكن أن يقال لا مانع منه مع تعدد الجهة (٢٧٣) هذا كله إذا كان بعنوان عقد الضمان، وأما

وضمان الشخص عن نفسه لا بأس به إذا فرض فيه غرض عقلائي.

واما الأخير: فلا استنكار من العرف بعد توجهه إلى الثمرة في الجملة.

وأما دعوى: عدم كفاية تعدد الجهة بالنسبة إلى شخص واحد فهو من مجرد الدعوى بعد كون الاعتباريات قابلة لكل اعتبار ما لم يمنع عنه العقل أو الشرع، فيصير المقام مثل: من نذر اتيان ما ثبت عليه وضعاً أو تكليفاً، والتعدد الاعتباري يكفي في الاعتباريات مطلقاً ولا نحتاج إلى القول بالتأكيد.

(٢٧٠) فلا موضوع حينئذٍ لتوهم كونه من ضمان ما لم يجب لفرض وجود السبب وتحققه.

(٢٧١) لكون كل منهما أمران مستقلان ولا تلازم بينهما ثبوتاً وسقوطاً فيصح ثبوت أحدهما وسقوط الآخر.

(٢٧٢) هو صاحب الجواهر قدس سره.

(٢٧٣) الجهة الأولى: حاصلة من الالتزام البيعي الذي التزم على نفسه بجميع ما يتعلق به من الغرر والدرك لا ربط له بالتسليم.

والثانية: تحصل بعقد الضمان المستإنف والتعدد الواقعي حاصل بينهما لاختلافهما وجداناً، وكذا اختلاف الأثر بينهما أيضاً.

إذا اشترط ضمانه فلا بأس به (٢٧٤) ويكون مؤكداً لما هو لازم العقد.

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة «ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه» صح بلا خلاف بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه وهو الدليل عندهم (٢٧٥) وأما إذا لم يكن لخوف الغرق بل لمصلحة أُخرى من خفة

نعم، موضوعهما ذمة واحدة كما مر في نذر شخص ما ثبت عليه وضعاً أو تكليفاً.

وأشكل عليه بأن الجهة تعليلية والجهة التعليلية لا توجب التعدد في المتعلق فلا أثر لتعدد مثل هذه الجهة.

نعم، لو كانت الجهة تقييدية يكون لها أثر لتعددها واقعاً كما هو معلوم.

وفيه: منع كونها تعليلية حقيقية دقية في مثل هذه الأُمور الاعتبارية العرفية القابلة لأي اعتبار وفرض صح أن يفرض، فيدور ذلك مدار صحة الاعتبار بأي وجه اعتبر ولا وجه لخلط الدقيات العقلية بالاعتباريات العرفية، ولنا أن نرجع في نفي التعليلية إلى الأصل فنقول: أصل تعدد الجهة اعتباراً معلوم ونشك في خصوصية التعليلية والمرجع فيها الأصل، كما في سائر القيود والخصوصيات المشكوكة.

(٢٧٤) لعموم أدلة الشروط الشامل لكل شرط لم يقم على خلافه دليل.

وتوهم أن الضمان ليس من الماهيات التشكيكية حتى يقبل التأكيد خلاف الوجدان فأين ضمان الملك للرعية وضمان بعضهم لبعض، مع أن عدم التشكيك في الماهية محل بحث ونظر كما هو معلوم لأهل الخبرة والبصر.

(٢٧٥) أدعى جمع إجماع المسلمين عليه منهم الشيخ والعلامة (رحمهم الله)وأستثنوا أبا ثور ولم يعتنوا بخلافه لشذوذه وتعرضوا لأصل المسألة في كتب الفريقين في كتاب الضمان والديات وغيرهما بالمناسبات، وكبرى المسألة أن الضمان هل يختص بنقل الحق الثابت كما هو الغالب فيه أو يعم جميع

السفينة أو نحوها فلا يصح عندهم (٢٧٦) ومقتضى العمومات صحته أيضاً.

التعهدات التي فيها أغراض عقلائية، وقد تكرر منا مراراً أن الحق هو الثاني لأصالة الصحة وعموم قوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾[1] وعدم دليل على الردع.

(٢٧٦) لا دليل لهم على عدم الصحة إلا أن الضمان إنما هو نقل الحق ولا ريب في أنه الغالب فيه، وأما كونه مقوماً لحقيقة الضمان فلا دليل عليه من عقل أو نقل، والأدلة الشرعية المشتملة على النقل إنما هو تعرض للغالب لا لبيان الذات والحقيقة كما هو واضح لذوي البصيرة، فالمدار كله على وجود الغرض الصحيح الغير المنهي عنه فمع وجوده يصح ومع العدم لا يصح.

ويمكن ارجاع نزاعهم في الصحة وعدمها إلى النزاع الصغروي.

هذا إذا قال: «الق متاعك في البحر وعليّ ضمانه»، أو نحو ذلك مما فيه أغراض عقلائية، وأما لو قال: «الق متاعك في البحر» مثلاً واقتصر عليه ولم يقل «عليّ ضمانه» فأدعي الإجماع على عدم الضمان حينئذٍ وهو مشكل جداً، وأشكل منه تمسكهم بالأصل وذلك لأصالة احترام المال وحصول التسبيب منه إلى تلفه، ويمكن حمل مورد الإجماع على فرض اعتباره ما إذا لم يكن الآمر أهلاً لأن يتبع أمره وعد الالقاء من تسامح المأمور عرفاً فلا موجب للضمان حينئذٍ، لفرض استناد التلف إلى نفس المالك حينئذٍ.

وأما تنظير المقام بقصة الخضر عليه السلام فلا ربط بها لأن قصة الخضر من الأسرار الواقعية وما نحن فيه في التشريعيات فلا ربط لأحدهما بالآخر، ولذلك أشكل موسى عليه السلام على الخضر لأن موسى كان مراعياً للشرع والخضر كان مراعياً للأسرار الباطنية في الجملة.

---

(١) سورة المائدة: ١.

تتمــة

قد علم من تضاعيف المسائل المتقدمة الاتفاقية أو الخلافية أن ما ذكروه في أول الفصل من تعريف الضمان وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أُخرى وأنه لا يصح في غير الدين ولا في غير الثابت حين الضمان، لا وجه له وانه أعم من ذلك حسب ما فصل (١).

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه في أصل الضمان فأدعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله (٢) وكذا لو أدعى (٣) أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له لأصالة بقاء ما كان عليه، ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره فأدعى المضمون له

---

(١) هذا كالتخليص لجملة من المسائل السابقة، وكل ما ذكره قدس سره في التتمة صحيح لمساعدة العرف وعدم استنكاره لها وعدم ثبوت ردع شرعي عنها فالمقتضي للصحة موجود والمانع عنها مفقود فتشملها الأدلة لا محالة كما تقدم.

(٢) أي: قول المنكر لأصالة عدم تحقق الضمان وأصالة بقاء ما كان على المضمون عنه وعدم انتقاله إلى ذمة غيره ما لم يثبت بحجة معتبرة، والمفروض عدم الثبوت.

(٣) فيقدم قول المنكر أيضاً، لعين ما تقدم في سابقه من غير فرق من أصالة عدم الضمان وأصالة بقاء الدين، ولا مانع من جريان الأصل السببي والمسببي معاً إذا لم يكن بينهما تمانع وإن اختلف رتبتهما إذ السببي مقدم على المسببي كما فصل في محله.

إعساره فالقول قول المضمون عنه (٤) وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه فإن القول قول المضمون عنه، وكذا لو اختلفا في صحة الضمان وعدمها (٥).

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدين وعدمه، أو في مقداره، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان مؤجلاً، أو في اشتراط شيء عليه زائداً على أصل الدين، فالقول قول الضامن (٦) ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زيادة أجله مع كونه مؤجلاً، أو وفائه أو إبراء المضمون له عن جميعه، أو بعضه، أو تقييده بكونه من مال معين والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شيء على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يساوي أقل من الدين قدم قول المضمون له (٧).

---

(٤) لأصالة الصحة واللزوم، مع أن مقتضى الظاهر أن المعسر لا يقدم على الضمان هذا مع الجهل بالحالة السابقة، وأما إذا كان مسبوقاً بالأعسار واليسار فمقتضى الأصل بقائهما، ولكن مع سبق الإعسار يمكن أن يقال بجريان أصالة الصحة وتقدمها على الاستصحاب ما لم تكن قرينة على الخلاف.

(٥) لأصالة عدم جعل الخيار في الأول وإصالة الصحة في الثاني.

(٦) لأصالة عدم اعتبار كل ما يدعيه المضمون له في جميع هذه الفروع إلا أن يثبت ذلك بحجة معتبرة، والمفروض عدمها فيقدم قول الضامن لا محالة لمطابقته للأصل.

(٧) لأصالة عدم اعتبار كل ما يدعيه الضامن في جميع هذه الفروع إلا أن يثبت دعواه بحجة معتبرة والمفروض عدمها، فيقدم قول المضمون له لا محالة لمطابقته للأصل.

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن وعدمه، أو في وفاء الضامن حتى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين الذي ضمن وأنكر المضمون عنه الزيادة، أو في اشتراط شيء على المضمون عنه، أو اشتراط الخيار للضامن قدم قول المضمون عنه (٨) ولو اختلفا في أصل الضمان، أو في مقدار الدين الذي ضمنه وأنكر الضامن الزيادة فالقول قول الضامن (٩).

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر للإذن أو الدين لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً (١٠).

---

(٨) لأصالة عدم اعتبار كل ما يدعيه الضامن إلا إذا ثبت بحجة معتبرة وهي مفقودة فيقدم قول المضمون عنه لمطابقته للأصل.

ثم ان في دعوى الضامن الوفاء إن صدقه المضمون له احتمل العلامة الزام المضمون عنه بالأداء لأن المضمون له أقر بالوفاء فيؤخذ بإقراره، وفيه: أن هذا الاقرار بالنسبة إلى الغير لا أثر له فلا اعتبار به فيبقى دعوى الضامن حينئذٍ بلا حجة معتبرة على ثبوته والأصل مع المضمون عنه فيقدم قوله.

ثم ان نزاعهما في اشتراط شيء على المضمون عنه لابد وإن يتصور في ضمن عقد آخر والا فهو ليس طرفاً في عقد الضمان حتى يشترط عليه وفي ضمنه، فإطلاق كلام الماتن لابد وإن يقيد بذلك.

(٩) لأصالة عدم تحقق الضمان وعدم الزيادة إلا إذا ثبت بحجة معتبرة من طرف المضمون عنه، والمفروض عدمه.

(١٠) حق المسألة أن تقرر هكذا «لو أدعى المضمون له ضمان شخص وأنكره الضامن وأثبت المضمون له ذلك بالبينة ..»، فالمأخوذ باق على ملك الضامن ولم يخرج عن ملكه لأن خروجه عنه لابد وأن يكون بوجه معتبر،

نعم، لو كان مدعياً مع ذلك للإذن (١١) في الأداء بلا ضمان ولم يكن منكراً لأصل الدين وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان جاز له الرجوع عليه (١٢) إذ لا منافاة بين إنكار الضمان وادعاء الإذن في الأداء فاستحقاقه الرجوع معلوم غاية الأمر أنه يقول إن ذلك

والبينة التي يعترف كل من الضامن والمضمون عنه ببطلانها كيف تكون ملزمة للحكم بينهما، ومع بقاء المال على ملك الضامن وعدم خروجه عنه وورود الظلم عليه باعترافه كيف يتوهم صحة رجوعه إلى المضمون عنه المنكر للإذن أو أصل الدين؟!.

إن قيل: ان البينة حجة شرعية؛ فإذا شهدت بالضمان تثبت لوازمها، ومنها الرجوع إلى المضمون عنه تعبداً.

يقال: مع اعتراف الضامن بأن الظلم ورد عليه كيف تكون البينة حجة بالنسبة إليه مع أن حجية البينة في لوازمها مطلقاً محل بحث.

(١١) حق هذا الفرع أن يعنون هكذا: «لو أنكر الضامن واعترف بالإذن في الأداء بلا ضمان، وصدقه المضمون عنه في ذلك مع اعترافه بأصل الدين، واستوفى المضمون له الحق من الضامن بالبينة يجوز للضامن الرجوع إلى المضمون عنه»، ودليل صحة الرجوع حينئذٍ واضح لفرض أن المضمون عنه استوفى مال الضامن بسبب إذنه في الأداء، ولا ريب في أن الإذن في الأداء استيفاء لمال الغير عرفاً وشرعاً، ولا يحتاج الاستيفاء إلى عقد لازم ووجوب الأداء على المؤدي، وقد جرت السيرة على استيفاء أموال الغير وأعمالهم بمجرد الإذن ثم دفع العوض ويصير وجود السببية لغو لثبوت الحق بتوافقهما على الإذن والأداء.

نعم، لو أنكر المضمون عنه الأداء تصير البينة حجة عليه.

(١٢) أخذاً له باعترافه حيث يعترف بالدين؛ والإذن في الضمان تضمن

للإذن في الأداء والمضمون عنه يقول إنه للإذن في الضمان فهو كما لو أدعى على شخص أنه يطلب منه عشر قرانات قرضاً والمدعى ينكر القرض ويقول إنه يطلبه من باب ثمن المبيع فأصل الطلب معلوم، ولو لم يعترف المضمون عنه بالضمان أو الإذن فيه وثبت عليه ذلك بالبينة فكذلك يجوز له الرجوع عليه مقاصة عما أخذ منه (١٣) وهل يجوز للشاهدين على الإذن في الضمان حينئذٍ أن يشهدا بالإذن من غير بيان كونه الإذن في

للإذن في الأداء أيضاً ما لم تكن قرينة على الخلاف عرفاً.

إن قيل: أولاً أن الإذن في الضمان أعم من الإذن في الأداء فلم يتحقق منه تسبيب لاستيفاء مال الضامن.

وثانياً: إن الضامن يدعي الإذن في الاداء بلا ضمان فيعترف بعدم استحقاقه للرجوع إلى المضمون عنه فكيف يصح الرجوع حينئذٍ.

يقال: أما تضمن الضمان للإذن مع عدم القرينة على الخلاف، فالظاهر كونه من الانسباقيات العرفية.

وأما دعوى الضامن الإذن في الأداء بلا منافاة بينهما كما ذكره ﷺ، ويكون المقام نظير المثال الذي ذكره فلا يبقى مجال لتوهم أن هذا الأداء كالعدم فلا وجه للرجوع.

(١٣) أما بيان موضوع المقاصة في المقام فهو أن المضمون له ظلم على الضامن فيجوز للمظلوم أن يقاص من مال الظالم أين ما وجده لما يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب القضاء من الأدلة على جوازه عند تعذر وصول المظلوم إلى حقه إلا بذلك مثل قوله تعالى: ﴿**جزاء سيئة سيئة مثلها**﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿**ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**﴾[2]، وأخبار

---

(١) سورة الشورى: ٤٠.

(٢) سورة البقر: ١٩٤.

الضمان أو كونه الإذن في الأداء؟ الظاهر ذلك (١٤)، وإن كان لا يخلو عن إشكال (١٥)، وكذا في نظائره كما إذا أدعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً وبينته تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض فيجوز لهما أن

مستفيضة تأتي الإشارة إليها في محله، وحيث إن مال المضمون له عند المضمون عنه، يصح للضامن أخذه مقاصة.

إن قيل: المقاصة مختصة بالعين ولا تشمل الدين وعلى فرض جريانها فيه أيضاً، فما وجه اختصاصها بهذه الصورة فلِمَ لا تجري في الصورة السابقة التي جزم فيها بقوله: «جاز له الرجوع عليه».

يقال: أما اختصاص المقاصة بالعين فهو خلاف إطلاق الآيات الكريمة وجملة من الأخبار[١].

نعم السؤال فيها هو العين وهو لا يكون مخصصاً للحكم كما ثبت في محله، مع أنه يظهر عن جمع منهم العلامة ظهور التسالم على جوازها في الدين.

وأما اختصاصها بهذا الفرض فقط فلأنه في الفرض السابق اعترف المضمون عنه بالدين والإذن في الضمان فيؤخذ باعترافه، ومع هذا الاعتراف لا يبقى موضوع للمقاصة لأن موضوعها الجحود والمماطلة وهو غير جاحد ولا مماطل، فلا موضوع لها حينئذٍ في الفرع السابق بخلاف المقام، وسيأتي ما يتعلق بالمقاصة في كتاب القضاء.

(١٤) بناء على شمول عموم حجية البينة لما شهدت بالجنس أو النوع أو الشخص.

(١٥) وجه الإشكال.. تارة: أن المنساق من أدلة اعتبار الشهادة خصوصاً مثل قوله: «على مثل هذا فاشهد أو دع»[٢]، هو ما إذا كان شخصاً خاصاً أي

---

(١) الوسائل باب: ٨٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب الشهادات حديث: ٣.

يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض أو لثمن البيع على إشكال(١٦).

(مسألة ٥): إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له وحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك (١٧)، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه وتقبل شهادته له بالأداء (١٨) إذا لم يكن هناك مانع من تهمة أو غيرها مما يمنع من قبول الشهادة (١٩).

الشهادة بتمام الحدود والقيود دون غيرها.

ويرده بأن إطلاق أدلة الشهادة وعمومها يشمل ما لو كان النوع أو الجنس مورداً للأثر وشهدت بالجنس وإن اختلفا في الصنف مثلاً، كما إذا شهدا بأصل النجاسة وقال أحدهما انها لملاقات الدم وقال الآخر انها لملاقات العذرة مثلاً، فيثبت الأثر حينئذٍ هذا إذا لم ينف كل منهما قول الآخر والا فيشكل الاعتماد عليها حينئذٍ.

وأُخرى: بأن المشهود به هو نفس الإذن من حيث هو ولا أثر له مع أن المشهود به لابد وأن يكون له أثر شرعي، ويرده بأن الأثر هو التسبيب لاستيفاء مال الضامن فيجب تداركه عليه كما تقدم.

(١٦) لكنه أوهن من السابق لأن الجامع القريب وهو الدين موجود وله أثر معلوم.

(١٧) لعدم ثبوت الوفاء بوجه شرعي بل مقتضى الأصل عدمه فلا موجب للرجوع.

(١٨) أما جواز الرجوع فلأخذه بإقراره واعترافه.

وأما قبول شهادة المضمون عنه للضامن بالاداء فلعموم أدلة قبول الشهادة مع عدم المانع عنه، مع أن ظاهرهم التسالم عليه في المقام.

(١٩) كما هو كذلك في جميع الشهادات مع اقترانها بالمانع كما يأتي في

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (٢٠) ولو أدعى الوفاء وأنكر الإذن قبل قول المأذون لأنه أمين من قبله (٢١) ولو قيد الأداء بالاشهاد وأدعى الاشهاد وغيبة الشاهدين قبل قوله أيضاً (٢٢) ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع (٢٣).

نعم، لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد يحتمل جواز الرجوع عليه لأن الغرض من الاشهاد العلم بحصول الوفاء والمفروض تحققه (٢٤).

(تم كتاب الضمان)

محله إن شاء الله تعالى، والمرجع متعارف ثقات المتشرعة فمع حكمهم بها لا اعتبار بالشهادة، والظاهر أن من التهمة ما إذا كان الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعساره وحينئذٍ يصح له الفسخ والرجوع إلى المضمون عنه مع عدم ثبوت الأداء فيدفع المضمون عنه بشهادته رجوع الدين إلى ذمته.

(٢٠) لأن الإذن في الوفاء استيفاء لمال الغير عرفاً فلابد له من التدارك إذا كانت قرينة معتبرة في البين على العدم.

(٢١) أي: أنكر المديون صدور الإذن منه في الأداء قبل قول المأذون، لأنه أمين من قبل المديون والدليل على قبول قول الأمين سيرة المتشرعة بل العقلائية الجارية في جمع الموارد وقاعدة «كل من استولى على شيء فقوله معتبر فيما استولى عليه».

(٢٢) لما مر في سابقه.

(٢٣) لأن الإذن كان مقيداً بالإشهاد فاذا انتفى الإشهاد ينتفي الإذن أيضاً لقاعدة: «الشرط ينتفي بانتفاء المشروط».

(٢٤) هذا صحيح إن علم المديون من نفسه أن غرضه كان ذلك، وأما إن كان غرضه من الإشهاد شيء آخر من الأغراض الصحيحة العقلائية فلا وجه لهذا التعليل فيكون الإذن منتفياً لما مر من انتفاء المقيد بانتفاء قيده.

والحمد لله رب العالمين.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة

وهي عندهم «تحويل المال من ذمة إلى ذمة» (١)، والأولى أن يقال إنها «إحالة المديون دائنه إلى غيره» أو «إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره» (٢)، وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان فإنه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمة المضمون عنه إلى ذمته إلا أنه ليس فيه الإحالة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أحال عامة عباده على رحمته الواسعة الغير المتناهية ـ فضلاً عن خاصتهم ـ فما أجود المحيل وما أعظم المحال عليه وما أرفع شأن المحتال والصلاة والسلام على خلّص أحبائه محمد وآله الذين هم الأصل في هذه الحوالة وهم الشهداء عليها يوم القيامة.

(١) نسب هذا التعبير إلى كل من يرى صحة الحوالة على البريء كالعلامة وغيره.

(٢) وجه الأولوية أن هذين التعبيرين أجمع لخصوصيات الحوالة من التعبير الأول وكل ما كان التعريف أجمع للخصوصيات كان أحسن كما هو معلوم.

المذكورة (٣)، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه (٤) ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ، والعقل، والاختيار (٥). وعدم السفه في الثلاثة (٦) من المحيل والمحتال والمحال عليه، وعدم الحجر بالسفه (٧) في المحتال

ثم أنه قد تقدم غير مرة أن العقود الدائرة بين الناس في جميع الملل - ومنها الحوالة - تكون بمعناها المرتكز في أذهان الأنام مورد الأحكام في الشريعة المقدسة الاسلامية وانظار الفقهاء العظام، وإن اختلفوا في بعض الجهات والخصوصيات لا أن تكون لها حقيقة شرعية أو متشرعة كما ثبت ذلك في الأصول وفي الفقه غير مرة فتفصيل الفقهاء فيها نقضاً وابراماً لا وجه له.

(٣) لحكم العرف بالتفاوت بين العنوانين وتعريفهما فيكفي نفس مرتكزاتهم في التفرقة بينهما، وإن قصر بعض التعبيرات عن أفادة هذا المرتكز.

(٤) لأنه لا منشأ لتوهم الحوالة حينئذٍ فيه حتى من التوهم البدوي.

(٥) هذه الثلاثة من الشرائط العامة لصحة كل عقد وإيقاع فرغنا عن أدلة اعتبارها في أول البيع فراجع اذ لا وجه للتكرار.

(٦) لأن السفيه محجور عن التصرف المالي والحوالة مستلزمة للتصرف في كل واحد من الثلاثة إما إعطاءً كما في المحيل والمحال عليه أو أخذاً كما في المحتال، ثم ان الحوالة متقومة بأشخاص ثلاثة أحدهم الدائن والمديون معاً والآخر دائن فقط وهو المحتال والثالث مديون فقط وهو المحال عليه، كما إذا كان زيد مديون لعمرو الف دينار ودائن لبكر الف دينار فيحيل عمرواً إلى بكر.

(٧) حق التعبير أن يعبر بـ (الفلس) لذكر السفه قبل ذلك والفرق بينهما أن السفه لا يجوز له التصرف لا في مالهِ ولا في ذمته بخلاف المفلس، فأنه لا يجوز له التصرف في ماله ويجوز له التصرف في ذمته، كما يأتي في محله وعلى هذا فاذا كان المحال عليه مفلساً وقبل الحوالة على ذمته لا إشكال فيه.

والمحال عليه بل والمحيل (٨) إلا إذا كانت الحوالة على البريء فإنه لا بأس به فإنه نظير الاقتراض منه (٩) ـ أمور:

أحدها: الايجاب والقبول، على ما هو المشهور بينهم حيث عدّوها من العقود اللازمة (١٠)، فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال، وأما المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً، فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدل على كونه طرفاً وركناً للمعاملة (١١).

---

(٨) أما المحتال فإن كان حجره في ماله الذي يطلبه من المحيل لا يعتبر فيه عدم الفلس فيأخذ ماله من المحال عليه ويصرفه فيما شاء وأراد، وإن كان طلبه من مورد الحجر أيضاً يجوز له أخذه ولا يجوز له صرفه إلا برضاء الغرماء.

وأما المحال عليه فيجوز له قبول الحوالة في ذمته لأن المفلس غير محجور بالنسبة إلى ذمته ولا يصح في أمواله التي حجرت عليه لتعلق حق الغرماء بها.

وأما المحيل فإن كان ماله الذي عند المحال عليه من موارد حجره فلا تصح الحوالة لمكان الحجر وتعلق حق الغرماء به، وإن لم يكن كذلك بأن كان زائداً على حق الغرماء واستثنوه برضائهم وتحملوا ورود الضرر عليهم بمقدار ما استثنوه فتصح الحوالة لا محالة.

(٩) ويصح للمفلس الاقتراض على ذمته لكونه غير محجور بالنسبة إلى الذمة.

(١٠) أرسل ذلك في الكتب الفقهية إرسال المسلمات وعد في عداد الضروريات الفقهية.

(١١) لأنه لا ريب في أن اعتبار رضاء أحد في عقد أعم من كونه طرفاً للعقد، كاعتبار رضاء العمة في نكاح بنت الأخ، ورضاء الأب في نكاح بنته البكر بناء على اعتباره ونحوهما.

ويحتمل أن يقال يعتبر قبوله أيضاً (١٢) فيكون العقد مركباً من الايجاب والقبولين (١٣)، وعلى ما ذكروه يشترط فيها ما يشترط في العقود

---

(١٢) اعترف في الجواهر بعدم وجدان القائل به ويمكن أن يراد بالقبول وجود مبرز ظاهري لرضاه لا القبول الاصطلاحي المعتبر في العقد، والعرف يساعد على اعتبار هذا خصوصاً في الحوالة على البريء والحوالة بغير جنس ما على المحال عليه فيصير هذا النزاع بينهم لفظياً فراجع الكلمات.

(١٣) ولا محذور فيه، كما أنه يصح انحلاله في الواقع إلى عقدين، وهو أيضاً صحيح كما في انحلال كل عقد يقع على بيع ذات أجزاء أو جزئين.

وتلخيص القول في الحوالة ان الوجوه المحتملة أربعة:

الأوّل: كونها عقداً منحلاً إلى عقدين أو مركباً من قبولين معتبراً فيه جميع ما يعتبر في سائر العقود ولا بأس ثبوتاً ولكن لا دليل عليه إثباتاً.

الثاني: عين الوجه الأوّل بتوسعة فيه بما لم يوسع في سائر العقود من الموالاة ونحوها، وهو أيضا صحيح وتقتضيه السيرة في الجملة.

الثالث: عدم اعتبار قبول المحال عليه وكون منعه مانعاً لا أن يكون قبوله شرطاً وله وجه وجيه ثبوتاً.

الرابع: كونها إيقاعاً وهو ما كان قائماً بشخص واحد في مقابل العقد القائم بشخصين.

ولكن المتحصل من مجموع كلماتهم ان الإيقاع على قسمين:

الأوّل: ما كان قائماً بشخص واحد بلا توقف على رضاء شخص آخر كالطلاق والظهار والإيلاء والإقرار والعتق ونحوها.

الثاني: ماكان قائماً بشخص واحد وتوقف على رضاء شخص آخر كنذر الزوجة مع الزوج أو الولد مع الوالد، والمشهور جعلوه من الإيقاع أيضاً كما جعلوا الخلع من الإيقاع مع أنه يتوقف على رضاء الزوجة وبذلها المال، وعن

اللازمة من الموالاة بين الايجاب والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة (١٤).

ولكن الذي يقوي عندي كونها من الايقاع (١٥) غاية الأمر اعتبار

جمع ـ منهم المحقق ـ جعل الجعالة من الإيقاع مع أنها تتوقف على رضاء العامل.

مع انهم ذكروا التفليس والحجر في العقود ولا ريب في عدم كونهما منها إلا بتكلف أن الغرماء يطلبون من الحاكم الحكم بالتفليس، أو أن الحاكم يحكم بالحجر اذا طلب منه ذلك بعد ثبوت السفه ونحوه من موارد الحجر.

وعن جمع جعل الوقف والوصية من الإيقاع أيضاً، ويأتي تفصيل ذلك كله في محله إن شاء الله تعالى، فيصح أن تكون الحوالة من القسم الثاني من الإيقاعات، وليس حصر العقود والإيقاعات فيما ذكروه حصراً عقلياً أو تعبدياً شرعياً حتى لا يصح التغيير والتبديل، بل هو من اجتهادات الفقهاء واستقرائهم ويمكن أن يكون نظر آخرين على خلافهم فيتبع الآخر إن أقام الدليل على بطلان قولهم، ومع عدم ذلك واستناد قول الآخرين إلى حجة معتبرة لابد من التأمل في ترجيح أحد القولين.

(١٤) مقتضى السيرة أو سعية الأمر في الحوالة من سائر العقود خصوصاً في هذه الأعصار فقد وسع الأمر في البيع الذي هو أم العقود فكيف بالحوالة؟! وقد شاع انشاء البيع بالكتابة مع عدم تعاط بينهما في البين، بل الثمن في المصرف والمبيع في المخزن حتى مع التمكن من اللفظ، وكذلك في الحوالة كما هو الشايع.

(١٥) أشكل عليه ..

تارة: بأنه ضعيف.

وأخرى: بأن دليله أضعف منه.

الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه ومجرد هذا لا يصيره عقداً(١٦)،

وذلك لأنها نوع من وفاء الدين (١٧) وإن كانت توجب انتقال الدين من

وثالثة: بأنه ممتنع.

والكل باطل.. أما الأوّل: فلأنه من مجرد الدعوى كما يظهر وجهه فيما يأتي، ولم يعلم مخالفته بالمعنى الذي يبينه من الإيقاع، فخلاصة ما قالوا فيه: إن الحوالة والضمان متغايران مع الوفاء اذ الوفاء تأدية الدين إلى مالكه والمديون هو المسلط على ذلك وليس لصاحب الدين الامتناع منه مع حلول الدين، والمحيل لا يؤدي ما في ذمته إلى مالكه بل ينقله إلى ذمة أُخرى، وهو تصرف في ذمة الغير وفي ملكه بلا إذن منه فلابد من القبول فتكون عقداً لا إيقاعاً.

وفيه: أنه مغالطة بين قسمي الإيقاع إذ لا يقول أحد بأن الحوالة والضمان ايقاع كالعتق ومطلق الطلاق، كيف وهم يصرحون باعتبار الرضاء من المحتال والمحال عليه بل المراد من الإيقاع في المقام عدم الاحتياج إلى القبول كالعقود،وهو أعم من عدم اعتبار الرضا فيكون المقام كَنذر الزوجة والولد بالنسبة إلى رضاء الزوج والوالد، فكما أن فيهما يكفي الرضاء كيف ما تحقق من دون اعتبار ما يعتبر في الإيجاب والقبول فكذا في المقام.

ومن ذلك يظهر ما في دعوى الامتناع مع أنه لم يأت بدليل له إلا ما مر من انها حينئذٍ تصرف في مال المحتال حينئذٍ من دون رضاه.

(١٦) كما في نذر الزوجة والولد المعتبر فيه رضاء الزوج والوالد .

(١٧) لأن الجامع القريب العرفي بين الوفاء والحوالة والضمان تفريغ الذمة، وله مراتب متفاوتة فعنوان الجامع يصح أن يكون قائماً بشخص واحد.

نعم، بعض مراتبه يحتاج إلى رضاء آخر بحسب الخصوصيات الخارجية، وذلك لا يوجب تباين الذات والحقيقة فيكون المقام

ذمته إلى ذمة المحال عليه (١٨)، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر كما في الوفاء بغير الجنس(١٩) فإنه يعتبر فيه رضى الدائن ومع ذلك إيقاع، ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع (٢٠) فإنه نوع من الوفاء وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود اللازمة ويتحققان بالكتابة ونحوها (٢١)، بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك (٢٢)، كما ان الجعالة كذلك وان كان يعتبر

كانواع البيوع المتحدة بحسب الذات والمختلفة بحسب الخصوصيات، وليس مراده انها عين حقيقة الوفاء حتى يرد عليه إشكال بعض الشراح والمحشين (رحمة الله عليهم).

(١٨) هذا بيان للفرق بين مطلق الوفاء والحوالة، ولا بأس به بعد كون الجامع القريب بينهما تفريغ الذمة ووفاء الدين في الجملة.

(١٩) فإن العرف يراه وفاء لا أن يحكم بأنه معاوضة بين الدين والجنس الآخر.

(٢٠) ولا محذور فيه من عقل أو نقل كما تقدم وإن كان المشهور ذكروه في العقود «ورب شهرة لا أصل لها».

(٢١) للإطلاقات والعمومات بعد صدق العنوان المعهود على كل ذلك عرفاً، بل يصح التمسك بأصالة الصحة أيضاً.

(٢٢) قال في كتاب الوكالة من الملحقات: «والأقوى عدم كونها (أي الوكالة) من العقود فلا يعتبر فيها القبول».

أقول: لتقوم الوكالة بالإذن في العمل المأذون فيه سواء حصل القبول من المأذون أو لا، وقد ذكروا أنه لو قال: وكلتك في بيع داري فباعه صح البيع وإن لم يحصل منه قبول، بل وإن غفل عن النيابة والوكالة لأن ذلك قبول لإيجاب الموكل.

فيها الرضا من الطرف الآخر (٢٣)، ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول: «أنت مأذون في بيع داري» أو قال: «أنت وكيل» مع أن الأول من الايقاع قطعاً(٢٤).

الثاني: التنجيز (٢٥) فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف، كما

وتوهم: أنه يعتبر رضاء الوكيل وكلما يعتبر فيه رضاء شخص آخر في عقد.

ممنوع: صغرىً وكبرىً، نعم الغالب فيها ذلك والإشكال عليهم (رحمهم الله تعالى) انهم خلطوا الغالب بالحقيقة.

وأما عن جمع من مشائخنا من وضوح الفرق بين الإذن والوكالة فأن أرادوا به الفرق الاعتباري الغالبي فهو حق، وإن أرادوا به الواقعي الحقيقي فهو أول الدعوى، وقد ذهب الماتن رحمه الله إلى أن الوقف والوصية أيضاً من الإيقاع، ويأتي تفصيل ذلك كله في محله إن شاء الله تعالى.

(٢٣) تقدم أن مجرد اعتبار الرضاء من الطرف لا يدل على كونه من العقود.

(٢٤) وجامع الإذن متحقق فيهما ومتقوم لهما.

نعم، للوكالة جهات خاصة مطلق الإذن يكون أعم منها إلا اذا قيد الإذن بها أيضاً، فيكون للإذن والوكالة مراتب كثيرة متفاوتة لابد وإن يلحظ كل مرتبة من الإذن في عرض مرتبة من الوكالة لا أن تختلط المراتب.

فما عن بعض مشائخنا (رحمهم الله تعالى)[1]: «ان الوكالة تفويض واعطاء سلطنة وذلك لا يحصل إلا بالقبول» صحيح في الوكالة المطلقة لا مطلق الوكالة كما عرفت.

(٢٥) ذكروا اعتباره في عامة العقود وبعض الإيقاعات ولم يذكروا له دليلاً

---

(١) الفقيه السيد أبو الحسن الاصفهاني قدس سره.

هو ظاهر المشهور ولكن الأقوى عدم اعتباره ـ كما مال اليه بعض متأخري المتأخرين ـ.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال (٢٦)، وما عن بعضهم (٢٧) من عدم اعتبار رضى المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء بأن قال للمحتال: «أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي»، وحينئذٍ فيشترط رضى المحتال والمحال عليه دون المحيل لا وجه له إذ المفروض لا يكون من الحوالة بل هو من الضمان (٢٨)، وكذا من المحال

صحيحاً من عقل أو نقل، ولكنهم اعتمدوا فيه على الإجماع المتسالم بينهم خلفاً عن سلف.

واحتمال استناد إجماعهم على ما ذكروه من الأدلة المخدوشة، موجود فالاعتماد عليه مشكل ورفع اليد عنه مع هذا التسالم أشكل؛ مع أنه لم يذكر هذا الشرط المحقق في الشرايع والشهيدان في الروضة وشرحها، ولم يتعرض له في الجواهر أيضاً في المقام وكذا غيرهم، ومع ذلك كيف يعتمد على مثل هذا الإجماع، مع أن المتعرضين عبر بعضهم بالتنجيز وآخر بعدم التعليق فراجع شرائط عقد البيع.

(٢٦) للإجماع المحصل بين الفقهاء والمستفيض نقله عنهم، وللسيرة العملية بين المتشرعة بل الناس.

(٢٧) لم يتعرضوا أن هذا البعض من الخاصة أو من العامة، وعلى كل تقدير هو ممن يصلح لأن يعتني بقوله أو لا، وإن كانت العبارة المذكورة في المتن ذكرت في جملة من الكتب.

(٢٨) لصدق نقل ما في ذمة إلى ذمة أُخرى عليه عرفاً، ويلزم ذلك التعهد أيضاً فتشمله أحكام الضمان قهراً، إن قلنا بصحة انشاء عقد بما هو من الفاظ عقد آخر وإلا فمقتضى الأصل عدم صحة ترتيب آثار الضمان ولا آثار الحوالة

عليه إذا كان برئياً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه (٢٩) وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٣٠)،

عليه، ومثل ذلك كل مورد كان فيه تعهد للدين في الجملة بحيث يصح انطباق الضمان عليه وانشأ بلفظ الحوالة.

(٢٩) لأصالة عدم براءة ذمة المحيل بمثل هذه الحوالة ما لم يقبل المحال عليه بعد الشك في شمول أدلة الحوالة لمثلها، ولقاعدة السلطنة فإن التصرف في ذمة البريء أو في ذمة شخص بغير ما في ذمته مخالف لسلطنته المطلقة فلا يصح إلا برضاه.

(٣٠) نسب إلى المشهور بل أدعى الإجماع على اعتبار رضاه في هذه الصورة أيضاً وهو الذي يقتضيه مذاق الفقاهة ومرتكزات المتشرعة مع كثرة اختلاف الأغراض والرغبات في هذه الأمور، ويمكن أن يستدل بأصالة عدم سلطنة المحتال على المحال عليه إلا برضاه، وكذا أصالة عدم تسلط المحيل على إعطاء سلطنته للمحتال على المحال عليه إلا برضاه لإختلاف الأشخاص في السلطات وجداناً.

ودعوى: ان سلطنته في الجملة على المحال عليه ثابتة بلا إشكال فينقلها إلى المحتال.

فاسدة: لأن سلطنته انما هو في طلب ماله وعلى ما في ذمته بحسب الموازين الشرعية، وأما سلطنته على إعطاء عين هذه السلطة إلى شخص آخر فمقتضى الأصل عدمها إلا اذا ثبت بدليل شرعي.

ودعوى: ان ما في ذمة المحال عليه ملك للمحيل وهو مسلط على ملكه كيف ما يشاء فله إعطاء ملكه إلى من شاء.

مخدوش.. **أولاً**: بأنه عين الدعوى الأوّل.

وثانياً: بأن ملك ما في الذمة شيء والتسليط على نفس الذمة شيء آخر،

ولا يبعد التفصيل (٣١) بين أن يحوله عليه بما له عليه بأن يقول أعطه من

ولا ملازمة بين ثبوت التسلط الأوّل والتسليط الثاني.

إن قيل: فعلى هذا لا يصح بيعه أيضاً إلى شخص آخر إلا برضا المحال عليه لأنه نحو تسليط للمشتري على ما في ذمة المحال عليه، وكذا الوكالة في استيفائه لأنها نحو تسلط على ذمة الغير.

يقال: الفارق ظهور الإجماع على جوازهما بدون رضاه بخلاف الحوالة.

ونسب إلى أبي الصلاح عدم اعتبار رضاء المحال عليه، وتبعه بعض آخر واستدلوا على ذلك ..

تارة: بأن الحوالة عبارة عن اقامة المحيل المحتال مقام نفسه.

وأُخرى: بأن الحوالة القاء للديّن بمال المحيل الذي يكون في ذمة المحال عليه.

وثالثة: بمنزلة توكيل للمحال عليه في وفاء دين المحيل.

والكل مخدوش: إلا إذا رجع إلى ما يأتي من التفصيل.

(٣١) ظاهره ﵀ من هذا التفصيل أن الحوالة قد يكون توكيل من المحيل للمحتال لأخذ دينه من المحال عليه كما نسب إلى أبي الصلاح ومن تبعه وجعل، ذلك دليلاً لعدم اعتبار رضاء المحال عليه..

ويرد عليه.. **أولاً:** إن الوكالة والحوالة عنوانان متغائران لا ربط لأحدهما بالأخرى.

وثانياً: إن الوكالة أيضاً تتوقف على رضاء الوكيل، ويمكن أن يكون المراد أن ذات الحوالة على قسمين:

الأوّل: ما كان فيها تسليط للمحتال على المحال عليه لأخذ الدين، وحينئذٍ نحتاج إلى قبول المحال عليه لفرض أنها تسليط على الغير و لا يصح ذلك بدون رضاه.

الحق الذي لي عليك، فلا يعتبر رضاه فإنه بمنزلة الوكيل (٣٢) في وفاء دينه وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة(٣٣) بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء(٣٤) وبين أن يحوّله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء فيعتبر رضاه لأن شغل ذمته (٣٥) بغير رضاه على خلاف القاعدة، وقد يعلل (٣٦) باختلاف الناس في الاقتضاء فلابد من

الثاني: ما كان فيها جعل الدين تحت اختيار المحتال والقاء الدين نحوه القاءً اعتبارياً وحينئذٍ بقبول المحتال تتم الحوالة كما إذا رمى المال خارجاً نحو المحتال فأخذه فلا فرق بين الإلقاء والرمي الاعتباري والخارجي من هذه الجهة، وعلى هذا فالتعبير بالوكالة فيه مسامحة واضحة، وهذا التقسيم حسن ثبوتاً وموافق للأذهان المتعارفة اثباتاً والجامع القريب بين القسمين انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال.

(٣٢) هذا تشبيه من جهة في الجملة لا أن يكون المراد أن هذا القسم من الوكالة حقيقة حتى يثبت نقيض المطلوب، وذلك لفرض اعتبار رضاء الوكيل في صحة الوكالة بالضرورة هذا بناء على ما بينا في مفاد التفصيل.

(٣٣) لفرض أن المحيل كأنه رمى دينه إلى المحتال وقبله المحتال أيضاً، فلا وجه بعد ذلك لبقاء اشتغال ذمة المحيل.

(٣٤) لأن الوكالة لها طريقية إلى الأداء لا أن تكون لها موضوعية بخلاف الحوالة في المقام فإن لها موضوعية برائة المحيل بعد قبول المحتال.

(٣٥) هذا تعليل لاشتراط الحوالة إلى البريء بقبوله وهو صحيح لا إشكال فيه.

(٣٦) ذكر هذا التعليل جمع منهم صاحب المسالك وهو صحيح عرفاً إذ ربما يكون مطالبة شخص عن شخص آخر يعد هتكاً وتوهيناً عند

رضاه، ولا يخفى ضعفه (٣٧) كيف وإلا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنه لا إشكال فيه (٣٨).

الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل سواء كان مستقراً أو متزلزلاً، فلا تصح في غير الثابت سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية قبل حصول السبق أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور (٣٩) ولكن لا يبعد كفاية حصول السبب (٤٠) كما ذكرنا في الضمان بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال أقرضني كذا وخذ عوضه من زيد فرضي ورضي زيد أيضاً، لصدق الحوالة(٤١) وشمول العمومات، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال

المتعارف فكم فرق بين مطالبة شخص متدين متشرع ومطالبة عامي لا يعتني بقيم الأشخاص أبداً، ونعوذ بالله من سوء الاقتضاء.

(٣٧) ظهر مما مر أنه متين.

(٣٨) لو لم يكن إجماع في البين لقلنا فيه أيضاً بذلك خصوصاً مع كونه مسلتزماً للهتك.

(٣٩) وعن جمع دعوى الإجماع عليه، منهم صاحب الحدائق.

وقد يقال إن ذلك مقتضى مفهوم الحوالة أيضاً، فلا يتحقق هذا المفهوم بدون ذلك.

وفيه: أنه على فرض صحته أعم من الثبوت الحقيقي والاعتباري الذي يكفي فيه المعرضية العرفية.

(٤٠) بأن يكون للدين معرضية قريبة للثبوت بحيث يصح تنزيل هذه المعرضية منزلة الثبوت عند متعارف الناس، وتقدم الكلام في الشرط الثامن من الشرائط صحة الضمان فراجع، فأنه متحد مع الحوالة من هذه الجهة في دليل الجواز والمنع نقضاً وابراماً واشكالاً وحلاً.

(٤١) صدقاً ترتبياً عرفاً وهو يكفي فيكون فرداً من الحوالة.

بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور (٤٢) للغرر، ويمكن أن يقال بصحته إذا كان آئلاً إلى العلم (٤٣) كما إذا كان ثابتاً في دفتره على

وأشكل عليه ..**تارة:** بأنه صحيح، ولكنه ليس من الحوالة ولا عقد الضمان، بل من باب الاستيفاء الموجب للضمان.

وأُخرى: بأنه يرجع إلى التعليق وهو مما يوجب البطلان.

وثالثة: بأن مفاد هذه الجملة أن العوض قد يؤخذ من زيد لا أن الدين ينقل إلى ذمة زيد.

والكل مخدوش.. **أما الأوّل:** فلأن المفروض قصد الحوالة مع أنه لا بأس بانطباق عناوين متعددة صحيحة على شيء واحد، وحينئذٍ يكون المدار على ما هو المقصود.

وأما الثاني: فلأن المناط في التعليق المبطل على ظاهر الكلام لا على إمكان الإرجاع إلى التعليق، والا فيمكن ارجاع جملة مما لا تعليق فيه إلى المعلق.

وأما الثالث: ففيه مضافاً إلى أنه مناقشة مثالية ـ وليس ذلك من دأب العلماء ـ انه مع تبانيهما على الحوالة وقصدهما لها كيف يتحقق ذلك، فالإشكال الصحيح منحصر بأن في الحوالة إن كان ثبوت الدين فعلاً معتبراً لا تصح الحوالة وإن كانت المعرضية القريبة العرفية كافية تصح، والثاني أقرب إلى الأذهان المتعارفة والأوّل جمود من الفقهاء من غير دليل عليه وإن كان هو الأحوط.

(٤٢) وعن النهاية دعوى الإجماع عليه.

(٤٣) أولاً قريباً عرفاً، وأصل النزاع في نظائر المقام مبني على أن الغرر المنفي شرعاً والذي لا يقدم عليه العقلاء في عقودهم وعهودهم صرف وجود

حد ما مر في الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن (٤٤)، بل وكذا لو قال «كلما شهدت به البينة (٤٥) وثبت أخذه من فلان».

نعم، لو كان مبهماً كما إذا قال: «أحدالدينين اللذين لك عليّ خذ من فلان» بطل (٤٦)،

الغرر ولو آنا ما، أو الغرر الثابت المستقر المستلزم للخطر والخسران بالنسبة إلى من أقدم عليه، الظاهر هو الثاني ومع الشك فالمرجع العمومات والإطلاقات إن صدق عنوان العقد الخاص عليه عرفاً، ومع تشكيك العرف في الصدق وعدمه فالمرجع أصالة الصحة. ثم انه قد تكرر منا أن قاعدة نفي الغرر من القواعد النظامية العقلائية يكفي فيها عدم ثبوت الردع، ولا نحتاج فيها إلى ثبوت دليل خاص من الشرع.

(٤٤) لأن وجود القدر المتيقن كالمعلوم فيخرج بذلك عن الغرر.

(٤٥) لعدم الغرر فيه عند متعارف الناس.

إن قيل: فليكن مثله صحيحاً في جميع العقود مثل أن يقول: «بعتك بما يعينه أهل الخبرة من الثمن»، أو يقول: «آجرتك بما يعينه أهل الخبرة من الأجرة» وكذا في سائر المعاوضات .

يقال: لا بأس بالصحة بعد عدم الغرر فيها عرفاً، وعدم استنكار المتشرعة ومتعارف الناس لذلك.

(٤٦) علل البطلان في المقام ونظائره بأن المردد لا تحقق له لا خارجاً ولا ذهناً فلا موضوع على هذا للحوالة التي هي من الاعتباريات المحتاجة إلى الموضوع، وهذا عين الاشكال الذي ذكروه في الواجب التخييري والواجب الكفائي وأتعبوا أنفسهم في الجواب مع أن تصوير الواجب التخييري والواجب الكفائي في الأذهان العرفية أوضح مما أجابوا به، مضافاً إلى ظهور الخدشة في

وكذا لو قال «خذ شيئاً من دينك (٤٧) من فلان»، هذا ولو أحال الدينين على نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته لعدم الابهام فيه حينئذٍ(٤٩).

السادس: تساوي المالين أي المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة (٤٩) خلافاً لآخرين (٥٠) وهذا العنوان وإن كان عاماً (٥١)

كل واحد من الأجوبة كما فصلناه في الأصول، ولكن لابد من التفصيل في المقام بأنه مع تساوي الدينين من كل جهة كماً وكيفاً يلحظ فيه الجامع القابل للإنطباق على كل واحد منهما، وهو متعين يصح تعلق الحوالة به وإن كان مختلفاً يكون المتيقن هو مورد الحوالة والعرف يساعد على هذا التفصيل فلا وجه للبطلان بقول مطلق.

(٤٧) الظاهر صحة الرجوع فيه إلى القدر المتيقن العرفي لا الدقي العقلي حتى يقال: بأنه مستهجن والقدر المتيقن العرفي يختلف باختلاف مقدار الدين والاشخاص وسائر الخصوصيات.

(٤٨) لأن عنوان الواجب التخييري مبين ومعلوم عند عامة الناس، وما ذكره العلماء في الأصول في تصويره بحث علمي دقي عقلي لا أن يكون عرفياً، والأدلة منزلة على العرفيات لا الدقيات العقلية، والفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة التي حكم فيها بالبطلان أن في هذه موضوع الحوالة عنوان التخيير وهو معلوم مبين عرفاً، وفي سابقه هو ذات المعنون المردد مع أنا ذكرنا وجه الصحة فيها أيضاً.

(٤٩) منهم الشيخ رحمه الله على ما نسب اليه وابني البراج وحمزة والقاضي، وفي مفتاح الكرامة دعوى عدم وجدان ذلك في الوسيلة.

(٥٠) منهم العلامة في التذكرة والشهيدين في اللمعة وشرحها.

(٥١) فيشمل الحوالة على البريء ومَن هو مشغول الذمة، والظاهر أن منشأ

إلا أن مرادهم ـ بقرينة التعليل بقولهم تفصياً من التسلط(٥٢) على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه ـ فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة (٥٣) بغير ما هو مشغول الذمة به كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم، فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم ولعله لأنه وفاء بغير الجنس برضى الدائن، فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس، والوجه في عدم الصحة ما أشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه، وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة ولا إطلاق في خصوص الباب ولا سيرة كاشفة والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة(٥٤)، ووجه الصحة أن غاية ما يكون أنه مثل الوفاء بغير الجنس ولا بأس به (٥٥) وهذا هو الأقوى.

اعتبار هذا الشرط هو عدم صحة الحوالة على البريء وإن اعتبره غير واحد ممن يرى جواز الحوالة على البريء.

(٥٢) ذكر هذا التعليل ﵀ في الشرايع، ثم تردد وظاهره التردد في أصل الحكم وفي تعليله.

(٥٣) خلاصة كلامه ﵀ من هذا التفصيل ان هناك عناوين ثلاثة:

الأوّل: الحوالة على مشغول الذمة بغير ما اشتغلت ذمته به.

الثاني: الوفاء بغير الجنس مع رضاء الداين.

الثالث: الحوالة على البريء ومورد الخلاف خصوص الأوّل دون الأخيرين، فأنه لا خلاف فيه لأحد مع رضاء الدائن والمحال عليه كما انه لا خلاف عندهم في عدم الصحة مع الرضاء.

(٥٤) أدلة عدم الصحة بدون رضاء المحال عليه صحيحة لا مناقشة فيها.

(٥٥) دليل الصحة أيضاً تام لا خدشة فيه، لكن مع رضاء الدائن والمحال

ثم لا يخفى أن الإشكال (٥٦) إنما هو فيما إذا قال: «أعط مما لي عليك من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير التي عليه، وأما إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظير إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشكال فيه، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير وحينئذٍ فتفرغ ذمة المحيل من الدراهم وتشتغل ذمة المحال عليه بها وتبقى ذمة المحال عليه مشغولة بالدنانير وتشتغل ذمة المحيل له بالدراهم فيتحاسبان بعد ذلك، ولعل الخلاف أيضاً مختص بالصورة الأولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً، وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحق بغير جنسه كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمة،

عليه فيصير هذا النزاع بينهم لفظياً.

نعم، لو كان نظر المجوزين إلى الجواز حتى مع عدم رضا ءالمحال عليه وجواز الوفاء بغير الجنس حتى مع عدم رضاء الداين لصار النزاع معنوياً، ولكنه لا وجه له ويكفي في عدم صحته أصالة عدم تسلط المحيل والمديون على ذلك إلا بدليل معتبر يدل عليه وهو مفقود.

(٥٦) هذا التفصيل الذي ذكرهﷺ صحيح ثبوتاً، ولكن الشيء الذي يبقى عليه انه مع رضاء المحال عليه مطلقاً لا فرق بين قسمي التفصيل أبداً في الصحة، ومع عدم رضائه لا فرق بينهما في عدم الصحة، ويكفي أصالة عدم السلطة للمحيل على هذا التبديل.

نعم، لو قلنا ان مناط صحة الحوالة مطلقاً مالية المال التي تكون في ذمة المحال عليه تصح الحوالة بغير الجنس رضي المحال عليه أو لا، ولكنه دعوى بلا دليل.

أو منفعة، أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة سواء كانت على بريء أو على مشغول الذمة بمثلها (٥٧) وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالثوب (٥٨) والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ضعيف، والجهالة مرتفعة بالوصف الرافع لها (٥٩).

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وإن لم يبرئه المحتال (٦٠) والقول بالتوقف على إبرائه ضعيف، والخبر الدال على تقييد

---

(٥٧) كل ذلك لوجود المقتضي وفقد المانع فتشملها الأدلة بلا مدافع ويظهر منهم التسالم عليه أيضاً، والفرق بين المنفعة والعمل هو الفرق بين الفعل ونتيجة الفعل، وكون الحوالة على المنفعة غير متعارفة لا يضر بالصحة بعد عدم مانع عقلي أو شرعي عنها في البين كما هو المفروض إلا دعوى انصراف الأدلة المعلوم كونه بدوياً.

(٥٨) لما مر في سابقه من غير فرق.

(٥٩) أما القول فنسب إلى الشيخ رحمه الله وابن حمزة، وأما ضعفه فلعدم دليل على صحة هذا القول من عقل أو نقل بعد ما مر من أن الجهالة التي تكون معرضاً للزوال لا أثر لها، لأن الجهالة المانعة الجهالة المستقرة لا الزائلة مع أن القيميات معلومة أيضاً كالمثليات فلا وجه لتخصيص الجهالة بالأولى كما هو أوضح من أن يخفى.

(٦٠) إذ لا معنى لقبول الحوالة من المحتال بعمده واختياره إلا ذلك عرفاً وعقلاً وشرعاً، لأن الحوالة الصحيحة كالوفاء، وكما أنه بعد الوفاء لا معنى لبقاء اشتغال الذمة فكذا بعد الحوالة التي قبلها المحتال ويدل عليه النصوص أيضاً كخبر أبي أيوب: «سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع

عدم الرجوع على المحيل بالابراء من المحتال، المراد منه القبول (٦١) لا اعتبارها بعده أيضاً وتشتغل ذمة المحال عليه للمحتال فينتقل الديـن إلى

عليه؟ قال عليه السلام: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[١]، وكـذا نحوه خبر منصور بن حازم[٢]، وفي خبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم تغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا إحتال ورضي؟ قال عليه السلام: لا»[٣]، فإن ظهورها في عـدم اعتبار ابراء المحتال مما لا ينكر، واحتمال تقييدها بما يأتي من صحيح زرارة بعيد عن سياقها المطابق للمرتكزات.

(٦١) أما القول فهو لجمع من القدماء منهم القاضي والحلبي والشيخ في نهايته؛ وأما الخبر فهو صحيح زرارة عن أحدهما عليهما السلام: «في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر، فيقول له الذي احتال: برئت مما لي عليك، فقال عليه السلام: اذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرأه فله أن يرجع إلى الذي أحاله»[٤]، وقد حمل هذا الصحيح جمعاً بينه وبين ما تقدم من النصوص الآبية عن التقييد بالابراء على محامل.

منها: ما في المتن تبعاً لجمع من الفقهاء وهو أحسن حمل ذكر في المقام.

ومنها: حمله على ما اذا شرط الأبراء في عقد الحوالة.

ومنها: حمله على ما إذا ظهر بعد الحوالة أفلاس المحال عليه فأبرأه المحتال.

والظاهر أن طرح الحديث أولى من هذه المحامل البعيدة عن سياقه، مع أنه موافق للمحكي عن الحسن البصري ومخالف للمشهور بينهم، ويستنكر مفاده متعارف الناس ويناسب أقوال الحسن البصري كما لا يخفى عـلى مـن

---

(١) (٢) (٣) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان ١و٣و٤.

(٤) الوسائل باب: ١١ من أبواب الضمان.

ذمته (٦٢)، وتبرأ ذمة المحال عليه للمحيل (٦٣) إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به، وتشتغل ذمة المحيل للمحال عليه إن كانت على بريء (٦٤) أو كانت بغير المثل ويتحاسبان بعد ذلك (٦٥).

(مسألة ٣): لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على مليّ(٦٦).

(مسألة ٤): الحوالة لازمة (٦٧) فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة.

نعم، لو كانت على معسر مع جهل المحتال باعساره يجوز له الفسخ والرجوع على المحيل (٦٨) والمراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفي

راجع أقواله في معارفه وفقهه فليرد إلى أهله أو يطرح.

(٦٢) لما مر من النصوص، مضافاً إلى الإجماع، ولأنه لا معنى لرضائه بالحوالة إلا ذلك.

(٦٣) لتقوم الحوالة بذلك عرفاً وشرعاً.

(٦٤) لأن استيفاء مال الغير موجب للضمان عقلاً وشرعاً وعرفاً لحكم الجميع بصحة قاعدة «الاحترام».

(٦٥) لما مر في سابقه من غير فرق.

(٦٦) للأصل، والإجماع، وأما النبوي الشريف: «إذا أحيل أحدكم على الملي فليحتل»[1]، فظهوره في المجاملات الأخلاقية مما لا ينكر فلا يستفاد منه حكم الزامي.

(٦٧) لأصالة اللزوم والإجماع، وظاهر بعض ما تقدم من النصوص كخبر عقبة بن جعفر ونحوه.

(٦٨) للإجماع وما تقدم من خبر ابن حازم وأبي أيوب هذا مع جهل

---

(١) كنز العمال ج: ٥ صفحة: ٣٣٢، حديث ٣٣٣ طـ : حيدر آباد.

دينه زائداً على مستثنيات الدين، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم(٦٩) ولا يعتبر فيه كونه محجوراً (٧٠) والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة وتماميتها (٧١) ولايعتبر الفور في جواز الفسخ (٧٢) ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار للانصراف على إشكال، وكذا مع وجود المتبرع(٧٣).

المحتال بالحال، وأما علمه بالاعسار فلا وجه للخيار، لاقدامه عليه مع علمه به.

(٦٩) المناط كله عدم التمكن من أداء الدين بحسب ما ورد في الشريعة مع ملاحظة المستثنيات، سواء عبر بالاعسار كما عبر به العلامة رحمه الله أو بالفقر كما عبر به المحقق رحمه الله، أو بالأفلاس كما مر في خبر أبي أيوب والحقيقة واحدة وان اختلفت التعبيرات.

(٧٠) للأصل وإطلاق ما تقدم من النص، ولأن المناط في موضوعات الأحكام واقعها ومقام الإثبات طريق إلى الواقع.

(٧١) لظهور الإجماع وقوله عليه السلام فيما تقدم من خبر أبي أيوب: «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»[١]، الشامل لصورة مقارنة الأفلاس للحوالة خرج صورة عروضه بعد تمامية الحوالة وبقي الباقي، وأما عروض الأفلاس بعد تمامية الحوالة فلا وجه للخيار، والمرجع فيه حينئذٍ إلى قوله تعالى: **﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾**[٢].

(٧٢) لإطلاق الفتوى بحيث يظهر منهم الاتفاق عليه، وإطلاق ما تقدم من النصوص وعلى هذا فلا وجه للتمسك بأصالة اللزوم بناءً على انحلالها بإنحلال الآنات المتصورة في العقد، ومنها الآن الذي يكون بعد الإطلاع على ثبوت الخيار والإهمال في إعماله وذلك لكونها محكومة بما مر من الإطلاق.

(٧٣) مقتضى الأصل بقاء الخيار وعدم سقوطه بعد ثبوته.

---

(١) تقدم في صفحة: ٣١٩.

(٢) سورة البقرة: ٢٨٠.

(مسألة ٥): الأقوى جواز الحوالة على البريء (٧٤) ولا يكون داخلاً

وأشكل عليه.. **أولاً:** بأن أدلة ثبوت الخيار منصرفة من هذه الصورة فلا خيار أصلاً حتى يستصحب بقائه.

وثانياً: بأنه مع التمكن من الاقتراض أو وجود المتبرع نشك في تحقق موضوع الاستصحاب فلا يجري من جهة الشك في الموضوع.

وثالثاً: ما عن الايضاح من انه مبتن على ان علل الشرع معرفات أو علل حقيقية، وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج إليه فعلى الأولين يثبت الخيار بخلاف الأخير.

هذه خلاصة ما قالوا في المقام.

والكل مخدوش.. **أما الأول:** فلعدم الاعتبار بهذه الانصرافات لكونها بدوية ادعائية.

وأما الثاني: فلأن موضوع الإعسار باق وجداناً، والقدرة على الاقتراض أو وجود المتبرع لا ترفع الاعسار، وأما الأخير فالأحكام الإلهية أجل من أن يبتني على هذه الأمور التي تكون بمعزل عن الأذهان العرفية، مع أنها من الأمور المغالطة القابلة للخدشة في محالها كما لا يخفى على من راجعها، وقد ذكر رحمه الله مثل هذه المباني في جملة من الفروع كما هو معلوم لدى المطلع الخبير.

ثم ان الماتن لم يذكر تجدد اليسار، والكلام فيه عين الكلام في وجود المتبرع وإمكان الاقتراض في جريان استصحاب الخيار لكن الإشكال الثاني وهو الشك في الموضوع هنا قوي.

(٧٤) للإطلاق والاتفاق والسيرة في الجملة، ونسب إلى الشيخ رحمه الله المنع لأصالة عدم ترتب الأثر، واحتمال كون الحوالة اعتياضاً لا استيفاءً فلا موضوع لها حينئذٍ مع البريء اذ لا معاوضة معه.

وفيه: ان الأصل محكوم بالإطلاق والاتفاق واحتمال الاعتياض في

في الضمان (٧٥).

(مسألة ٦): يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة (٧٦).

(مسألة ٧): يجوز الدور في الحوالة، وكذا يجوز الترامي بتعدد المحتال عليه واتحاد المحال عليه (٧٧).

(مسألة ٨): لو تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته (٧٨). وكذا

الحوالة خلاف العرف والوجدان وخلاف مفهومها وانما يكون هذا الاحتمال من تخريجات الشافعية بلا دليل عليه حتى لديهم.

(٧٥) لا لغة ولا عرفاً ولا شرعاً لأن الحوالة انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه والضمان هو التعهد بالدين ومن آثاره هو انتقال الدين إالىعهدةالضامن فهما متباينان مفهوماً.

نعم، يشتركان في بعض الآثار وهو أعم من اتحاد الحقيقة.

(٧٦) لظهور الإجماع وعموم أدلة نفوذ كل شرط إلا ما خالف الكتاب ويجري في الحوالة أيضاً جميع ما مر في (مسألة ٥) من كتاب الضمان.

(٧٧) كل ذلك للإطلاق وظهور الاتفاق والمراد بالدوران أن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأوّل.

والبقية واضحة لا تحتاج إلى البيان.

(٧٨) لأن المناط كله وصول الدائن إلى دينه وقد حصل ذلك، ولا يعتبر في وفاء الدين المباشرة للأصل والإطلاق وظهور الاتفاق، وما ورد في أداء الوارث دين مورثهم[١]، والولد دين الوالد وانه يكتب بذلك باراً[٢]، وأداء دين الفقير من الزكاة[٣].

---

(١) راجع الوسائل باب: ١٤ من أبواب الدين والقرض.

(٢) الوسائل باب: ٣٠ من أبواب الدين والقرض.

(٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب الدين والقرض.

لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال (٧٩) وكذا لو تبرع المحيل عنه (٨٠).

(مسألة ٩): لو أحال عليه فقبل وأدى ثم طلب المحيل بما أدّاه فأدعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة، فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أداه لأصالة البراءة من شغل ذمته للمحيل، ودعوى: ان الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء، مدفوعة: بأن الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمة المحال عليه وعدمه وبعد جريان أصالة براءة ذمته (٨١) يرتفع الشك، هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء، وأما على القول بعدم صحتها فيقدم قول المحيل لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل (٨٢).

---

(٧٩) تقدم التفصيل في كتاب الضمان فراجع.

(٨٠) لعين ما تقدم في الفرع الأوّل من هذه المسألة.

(٨١) مع وجود الأصل الموضوعي ـ وهو أصالة عدم الاشتغال ـ لا تصل النوبة إلى الأصل الحكمي.

(٨٢) ويترتب عليه أثر الصحة وهو اشتغال ذمة المحال عليه بالمال المحال به وبرئت ذمة المحيل بإدائه، ان قيل: إن اثر أصالة الصحة انما يترتب في الجملة ومن جهة ما لا من كل جهة وهو في المقام اشتغال ذمة المحال عليه فقط، وأما براءة ذمة المحيل عن دين المحتال فهي قاصرة عن اثباتها، كما إذا وقع عقد وشك في بلوغ أحد المتعاقدين فحكم بصحة العقد، لقاعدة الصحة لا يحكم ببلوغ المشكوك بلوغه في سائر أموره المغائرة مع مجرى قاعدة الصحة، وكما إذا شك بعد الفراغ من صلاة الظهر انه كان متطهراً أو لا ليحكم بصحة صلاة الظهر وأما صخة دخوله في صلاة العصر فلا يحكم بها.

ودعوى: ان تقديم قول مدعي الصحة إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأما المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها.

مدفوعة: أولاً بمنع عدم كونه طرفاً فإن الحوالة مركبة من إيجاب وقبولين.

وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصحة (٨٣) في جعل اعترافه بتحقق المعاملة حجة عليه بالحمل على الصحة.

نعم، لو لم يعترف بالحوالة بل أدعى أنه أذن له أداء دينه يقدم قوله لأصالة البراءة من شغل ذمته فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه ولم يتحقق هنا حوالة بالنسبة اليه حتى تحمل على الصحة.

وإن تحقق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها.

(مسألة ١٠): قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل وأدى» فجعلوا محل الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أن حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتال لكن ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء، والأقوى حصول الشغل بالنسبة

يقال: أن أصل هذا الاشكال مبني على أن الأصول والقواعد المعتبرة مثل الامارة حتى تكون معتبرة في لوازمها أو لا؟ ومقتضى التحقيق عدم الاعتبار كما أثبتناه في الأصول، لأن الشك في الاعتبار يكفي في عدمه بعد عدم ثبوت دليل عليه، ويمكن دعوى الملازمة العرفية بين قبول دعوى المحيل وصحة الحوالة فلا يرى العرف التفكيك بينهما.

(٨٣) مع انه يكفي في الحمل على الصحة مجرد قابلية الحمل ومجرد وجود أثر في البين.

الى المحيل بمجرد قبول المحال عليه (٨٤) إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرده فكذا في حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له وحصول شغل ذمة المحيل له إذا كان بريئاً، ومقتضى القاعدة في الضمان أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه إلا أن الاجماع وخبر الصلح (٨٥) دلاّ على التوقف على الأداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر، بل لم يتعرضوا لهذه المسألة، وعلى هذا فله الرجوع على المحيل ولو قبل الأداء (٨٦)، بل وكذا لو أبرأه المحتال أو وفّاه بالأقل أو صالحه بالأقل فله عوض ما أحاله عليه بتمامه

---

(٨٤) تصوير هذا الاشتغال بالنسبة إلى الحوالة على البريء صحيح، وأما بالنسبة إلى الحوالة على المديون فيحتاج إلى التكلف بأن يقال باشتغال ذمة المحيل بالنسبة إلى المحال عليه آناً ما ثم سقوطه بالتهاتر، وهو تكلف لا نحتاج اليه وتطويل بلا طائل.

ثم انه يمكن دعوى الملازمة العرفية في الجملة بين حصول الوفاء بقبول المحال عليه واشتغال ذمة المحيل للمحال عليه.

نعم، لا ريب في أن لهذه الملازمات العرفية مراتب متفاوتة شدة وضعفاً، فالملازمة بين الأداء والاشتغال شديدة وبين القبول والاشتغال دونها في الشدة، وبه يمكن أن يجمع بين كلمات الاعلام بعد التأمل في مرتكزات الأنام.

(٨٥) تقدم في (مسألة ١٣) من كتاب الضمان انه لا أصل لدعوى هذا الإجماع ولا وجه للتمسك بخبر الصلح فراجع وتأمل.

(٨٦) إن كان المراد بهذا الرجوع الرجوع الاقتضائي الشأني لكون المحيل في معرض الرجوع عليه في الحوالة على البريء فله وجه لفرض ثبوت الشأنية والمعرضية، وأما إن كان المراد به الرجوع إلى حق ثابت فعلى من كل جهة فالجزم به مشكل لأن المنساق إلى الأذهان أن مثل هذا الحق في الحوالة يترتب

مطلقاً إذا كان بريئاً (٨٧).

(مسألة ١١): إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صح، سواء كان قبل حلول النجم أو بعده لثبوته في ذمته (٨٨).

على أداء المحال عليه ووفائه لا أن تثبت للمحيل على المحال عليه حق فعلية هذه المطالبة حتى قبل أداء المحال عليه وبمجرد تحقق الحوالة إلا بنحو تأتي الإشارة اليه.

(٨٧) إن كان هذا قيداً لجميع الموارد المذكورة من ابراء المحتال والوفاء بالأقل أو المصالحة به فرجوع المحال عليه إلى المحيل بتمام مقدار الحوالة بعيد عن الاذهان العرفية، لأن المحتملات في الحوالة على البريء ثلاثة:

الأوّل: كونها ضماناً واقعاً، لكن مع الاختلاف في العبارة ولا بأس به بعد استفادة الضمان منها عرفاً، وحكمه ما تقدم من أن تدارك المضمون عنه للضامن انما هو بقدر الخسارة لا أن يجب التدارك بمجرد تحقق عقد الضمان.

الثاني: أن تكون التزاماً خاصاً من المحال عليه على نفسه بأن يعطي هذا المقدار الخاص أي: قدر المحال به إلى المحيل مطلقاً وعلى أي تقدير ولا ريب في عدم كون هذا من الحوالة المصطلحة، بل تكون هبة مستقلة تجري عليها أحكامها الخاصة بها من الجواز واللزوم وغيرهما.

الثالث: أن تكون عين الحوالة المعروفة إلا أن في الحوالة المعروفة مال المحال به ثابت في ذمة المحال عليه بقدر ما خسر ويجوز له مطالبة المقدار قبل الأداء استيثاقاً لما يؤدي بعد ذلك، وأما ثبوت حق مطالبة تمام مقدار الحوالة حتى مع ابراء المحتال أو الوفاء بالأقل فإثباته بحسب ما بأيدينا مشكل.

(٨٨) فيكون المقتضي لصحة الحوالة موجوداً والمانع عنها مفقوداً فتشمله الأدلة.

والقول بعدم صحته قبل الحلول (٨٩) لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحوالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار، واحتمال عدم اشتغال ذمة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفياً، كما ترى (٩٠).

ثم أن العبد بقبول الحوالة يتحرر لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة، ولو لم يحصل الأداء منه فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه (٩١) وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء لأن الحوالة ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صح وبطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب الحوالة لأنه صار لازماً للمحتال ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة (٩٢).

فيه نظر من وجوه (٩٣) وكأن دعواه أن الحوالة ليست في حكم

---

(٨٩) نسب هذا القول إلى الشيخ والقاضي(رحمهم الله) مستدلاً بما في المتن وضعفه ظاهر بما ذكره.

(٩٠) لا دليل عليه من عقل أو نقل ومخالف لمرتكزات الناس حيث يرونه ذات ذمة تكليفية ووضعية.

(٩١) لحصول التحرر بالوفاء فلا يبقى موضوع للعتق بعد ذلك فيبطل لا محالة.

(٩٢) أما قوله ﷺ: «إن الحوالة ليست في حكم الأداء بل هي في حكم التوكيل»، فهو من مجرد الإدعاء ولم يذكر له دليلاً حتى نرى صحته وبطلانه مع أن المتعارف يرونها بحكم الأداء وإن لم يكن منه موضوعاً، وأما قوله: «صح وبطلت الكتابة» فهو صحيح على مبناه ﷺ لوجود المقتضي للصحة على هذا وفقد المانع، وأما قوله: «ولم يسقط عن المكاتب» فقد ذكر ﷺ وجهه، وأما قوله: «ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة» فلعل نظره إلى الأصل ويأتي ما فيه.

(٩٣) ذكرها في الجواهر منها عدم كون الحوالة توكيلاً والا لم يكن وجه

الأداء إنما هي بالنظر إلى ما مر من دعوى توقف شغل ذمة المحيل للمحال عليه على الأداء كما في الضمان فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال فبمجردهما يحصل الوفاء وتبرأ ذمة المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك، وفيه منع التوقف المذكور كما عرفت فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء (٩٤).

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح لأن حاله حال الأحرار من غير فرق بين سيده وغيره (٩٥) وما عن الشيخ من المنع ضعيف (٩٦).

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من

لانتقال المال من ذمة المحيل إلى المحال عليه في الحوالة على البريء.

ومنها: انها لو كانت توكيلاً ينتفي موضوع التوكيل بالعتق فلا يبقى معنى لما ذكره من لزوم المال للمحتال.

ومنها: أن لزوم المال للمحتال ملازم عرفاً لاشتغال ذمة السيد لأجل الاستيفاء.

(٩٤) وحينئذٍ يتحقق الانعتاق ويبطل عتق المولى بعد ذلك كما ذكره رحمه الله في المتن.

(٩٥) فيكون المقتضي للصحة في كل منهما موجوداً والمانع عنها مفقوداً فتصح فيهما لا محالة.

(٩٦) مع أنه تفرد ولم ينسب هذا القول إلى غيره واستدل عليه بأن الكتابة من العقود الجائزة ولو اشترى شيئاً من سيده لزمه ثمنه، ويمكن فسخ الكتابة فيلزم حينئذٍ ثبوت شيء في ذمة العبد لسيده وهو باطل.

وفيه: أنه مردود صغرىً وكبرىً، أما الصغرى فلا دليل على أن الكتابة من العقود الجائزة مع عمومات اللزوم بالنسبة إلى كل عقد، وأما الكبرى فلا وجه

مـال الكـتابة صـح (٩٧) فـيجب عـليه تسـليمه للسـيد ويكـون مـوجباً لانعتاقه(٩٨) سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (٩٩).

(مسألة ١٤): لو اخـتلفا فـي ان الواقـع مـنهما كـانت حـوالة أو وكالة(١٠٠) فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة سواء كان هو المحيل أو المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده، وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال، وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال، ودعوى أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد مـلكية المـحتال فـيكون المـحيل المـنكر للحوالة مدعياً فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة، مـدفوعة بأن مثل هذه اليد لا يكون إمارة على ملكية ذيها، فهو نظير ما إذا دفع شخص وأدعى أنه دفعه أمانة وقال الآخر دفعت لي هبة أو قرضاً فإنه لا يقدم قول

لبطلان البيع من الأوّل على فرض امتناع ثبوت شيء في ذمة العبد لسيده بل ينفسخ البيع من حين فسخ الكتابة مع أن امتناع ثبوت شيء في ذمة العبد لسيده أول الدعوى.

(٩٧) لوجود المقتضي للصحة وفقد المانع فتشمله العمومات قهراً، ومنه يعلم الوجه في وجوب التسليم إلى السيد لأنه من مقومات الصحة ولوازمها.

(٩٨) لأنه بقبول المحال عليه تبرء ذمة العبد فينعتق قهراً بمقتضى عقد الكتابة، مع إنه لا خلاف فيه عندهم.

(٩٩) لعدم أثر له بعد فراغ ذمة العبد عن مال الكتابة.

(١٠٠) قد تعرض رحمه الله في هذه المسألة فروعاً أربعة إلى قوله رحمه الله: «أو بعده»، وذلك لأن المنكر انما هو المحيل أو المحتال وعلى كل منهما إما أن يكون النزاع قبل القبض أو بعده، ويقدم قـول مـنكر الحـوالة المـذكورة، للأصـول الثـلاثة المذكورة في المتن.

ذي اليد (١٠١) هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع (١٠٢) ولو علم أنه قال «أحلتك على فلان» وقال «قبلت» ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة، فربما يقال إنه يقدم قول مدعي الحوالة لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة واستعماله في الوكالة مجاز فيحمل على الحوالة، وفيه منع الظهور المذكور(١٠٣).

---

(١٠١) للشك في شمول دليل اعتبار قاعدة اليد لمثل المقام لأنه إما الإجماع، وبناء العقلاء، أو أدلة لفظية واردة في موارد مختلفة، والمتيقن من الأوّل والمنساق من الأخير غير هذه الصورة، بل الشك في شمول دليل الاعتبار يكفي في عدم الاعتبار لأصالة عدم الحجية إلا بدليل معتبر.

نعم، لو كان مورد اعتبار قاعدة اليد طبيعي اليد بأي نحو تحقق لكان للقبول وجه، ولكنه أول الدعوى ولم يثبت ذلك بدليل.

(١٠٢) هذا هو الفرع الخامس والسادس المذكور في هذه المسألة والوجه فيهما معلوم، لأن الظاهر حجة معتبرة وعليه المدار في الاحتجاجات والمخاصمات ولا إشكال في هذين الفرعين عند أحد.

(١٠٣) البحث.. **تارة:** بحسب الأصل العملي.

وأخرى: بحسب الظهور الطبيعي اللفظي.

وثالثة: بحسب الاستظهار العرفي.

أما الأولى: فمقتضاه عدم تحقق الحوالة للأصول الثلاثة التي مرت في الفروع الأربعة في أول المسألة، وقد نسب ذلك إلى الشيخ رحمه الله ولكن لا ربط لذلك بالنزاع في الظهور وعدمه، كما أن تقديم الوكالة بدعوى أن المتكلم أعرف بقصده لا ربط له أيضاً بهذا النزاع.

وأما الثانية: فدعوى منع الظهور اللفظي لهذه المادة ومتفرعاً بها في

نعم، لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة وأما ما يشتق منها كلفظ «أحلت» فظهوره فيها ممنوع، كما أن لفظ الوصية ظاهر في الوصية المصطلحة وأما لفظ «أوصيت» أو «أوصيك بكذا» (١٠٤) فليس كذلك فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة محل منع.

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشترى بالثمن أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي بريء أو مديون للمشتري ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورة (١٠٥) لظهور عدم اشتغال ذمة

الحوالة المعهودة مكابرة كما لا يخفى على من راجع إلى وجدانه في الجملة.

ومنه يظهر الوجه في الثالثة، اذ الاستظهار مترتب على الظهور هذا إذا لاحظنا نفس مادة «ح و ا ل ة»، ولكن مع ملاحظة النزاع الواقع في البين فإن صار قرينة على الإجمال أو على الخلاف تتبع لا محالة كما أنه لو كانت في البين قرائن خارجية على تعين إحداهما، ولكن المفروض عدم ذلك كله.

وبالجملة: إنكار الظهور العرفي في الحوالة المعهودة خلاف الوجدان كما صرح به بعض مشائخنا[1]، ومنه يعلم سقوط احتمال إرادة مطلق التحويل بالمعنى اللغوي الذي هو مطلق النقل من محل إلى محل آخر لما ثبت في محله من أن الظهور العرفي مقدم على المعنى اللغوي.

(١٠٤) يمكن أن يقال: ان كلمة «أوصيك» كثيراً ما يستعمل في غير الوصية المعهودة كما في مقامات النصيحة والوعظ والارشاد.

ثم أنه يمكن أن يجعل النزاع في ظهور لفظ «أحلت» في الحوالة المعهودة وعدمه لفظياً كما لا يخفى، فمن ينكر الظهور ينكره فيما إذا كانت في البين قرائن على الإجمال حالية كانت أو مقالية، ولا ريب في تسالم الكل عليه.

(١٠٥) أي: بطلت من أصلها لا أن يعرضها البطلان بعد انعقادها صحيحة،

---

(١) المحقق آية الله العظمى الشيخ أغا ضياء الدين العراقي قدس سره.

المشتري للبائع واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال، هذا في الصورة الثانية، وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البرئ إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته (١٠٦) فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه (١٠٧) ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده (١٠٨) فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري (١٠٩) فله الرجوع به ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى وعلى البائع في الثانية(١١٠).

والوجه في ذلك فقدانها لشرط الصحة من الأوّل كما في المتن مضافاً إلى ظهور اجماعهم على ذلك.

(١٠٦) بلا إشكال فيه إذا لوحظت هذه الحيثية قيداً للحوالة حينئذٍ من أصلها لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، وأما إذا لم تلحظ هذه الحيثية أصلاً أو كانت ملحوظة بنحو الداعي لا بعنوان التقييد فلا وجه للبطلان، بل مقتضى أصالة الصحة عدم البطلان.

(١٠٧) والفرق بينهما واضح، لأن الذمة في الأوّل لوحظت بعنوان التقييد فتبطل الحوالة مع عدم اشتغال الذمة بخلاف الأخير فإنه إما إن لم يلحظ فيه شيء أبداً بل لوحظت ذات الحوالة من حيث هي أو لوحظ الاشتغال بعنوان الداعي لا التقييد.

(١٠٨) لأن انتفاء المقيد بانتفاء القيد من الأمور الحقيقية التي لا فرق فيه بين الحالات.

(١٠٩) للأصل بعد عدم حدوث ما يوجب انتقاله عنه.

(١١٠) لقاعدة «على اليد» الجارية في المحتال في الصورة الأولى وفي البايع في الصورة الثانية.

(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالاقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة لوقوعها في حال اشتغال ذمة المشتري بالثمن (١١١) فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده فهي تبقى بحالها (١١٢).

ويرجع البائع على المشتري بالثمن (١١٣) وما عن الشيخ رحمه الله وبعض آخر (١١٤) من الفرق بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي لأنها تتبع البيع (١١٥) في هذه الصورة حيث أنها بين المتبايعين بخلاف الصورة الأولى ضعيف(١١٦) والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة.

---

(١١١) وعدم حدوث ما يوجب البطلان، فالمقتضي للصحة موجود والمانع عنها مفقود كما في المثال الذي يذكره بعد ذلك.

(١١٢) لشمول دليل الصحة ـ وهو وجود المقتضي لها وفقد المانع عنها ـ لكلتا صورتي كون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده.

(١١٣) الصحيح عكس ذلك بأن يقال: يرجع المشتري على البايع بالثمن كما هو معلوم.

(١١٤) حكى البطلان في الصورة الثانية عن مبسوط الشيخ معللاً له بما في المتن وقواه في مجمع البرهان وتردد في بيع الشرايع، والأصل في الجميع قول الشيخ رحمه الله وتعليله كما لا يخفى على من راجع الكلمات.

(١١٥) وإذا بطل المتبوع بطل التابع، ويمكن تصوير هذا الاستدلال بنحو الشكل الأوّل فيقال: هذه الحوالة تابعة للبيع وكل ما هو تابع لشيء يبطل ببطلان متبوعه، فهذه الحوالة تبطل ببطلان متبوعه.

ولكن يأتي أن هذه مغالطة لا أن يكون برهاناً.

(١١٦) لأن التبعية لها مراتب كثيرة، ذاتية ووجودية وشأنية واعتبارية

نعم، هي تبع للبيع حيث أنها واقعة على الثمن وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين (١١٧) وربما يقال (١١٨) ببطلانها إن قلنا إنها استيفاء وتبقى

وفرضية وتامة وناقصة.

وقضية كل ما بطل المتبوع بطل التابع لا تجري في جميع ذلك كما هو واضح، والتبعية بنحو الإجمال حاصلة في الصورتين فلا إشكال كما انها بحسب بعض مراتبها مفقودة في كلتا الصورتين فلا موجب لاختصاص البطلان بالصورة الثانية، مع أن التفكيك بين التابع والمتبوع بالحيثيات والاعتبارات سائغ في الفقه بل في كل علم.

(١١٧) لأن ذلك تبعية جهتية وفي الجملة، لا ينافي التفكيك من جهات أخرى بحسب الأدلة والمقتضيات.

(١١٨) ذكره العلامة في القواعد وقال ﷺ «في وجه ذلك انه مع كون الحوالة استيفاء تبطل لأنها نوع إرفاق فاذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق، وإن قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عين الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فأنه يرجع بالثمن لا الثوب»، وخلاصة كلامه ﷺ إن الاستيفاء خفيف المؤنة فإن كانت استيفاء يذهب أثره ويضمحل بأدنى شيء وإن كانت معاوضة فأثرها يبقى ولا يزول للزومها، ولابد أولاً من بيان حقيقة الحوالة ثم بيان ما يتعلق بكلامه، قيل في وجه إن الحوالة ليست استيفاءً: «بأنها ليست وفاءً حال وقوعها اذ لم يصل إلى الدائن شيء من ماله، ولا حال القبض من المحال عليه لفراغ ذمته قبل ذلك، وإنما القبض وفاء عما في ذمة المحال عليه عوضاً عما في ذمة المحيل، فإن ذلك غير مقصود ولا هو مفهوم من الحوالة عرفاً ـ إلى أن قال ـ ولو كانت اعتياضاً جرى عليها حكم بيع الصرف».

وفيه: إن الوفاء يترتب على تمام هذا العمل المعهود مجموعه من بدئه إلى ختامه، ولا إشكال فيه من عقل أو شرع أو عرف كما في سائر العقود حيث

إن قلنا إنها اعتياض، والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء (١١٩) لأنها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءاً (١٢٠) حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسرة فإن الوفاء بهذا النحو ليس

إن الأثر مترتب على تحقق مجموع أجزائها وشرائطها، ويصح اعتبار الاعتياض فيها أيضاً كما يصح اعتباره في القرض وأدائه.

إذ الاعتبار خفيف المؤنة وأحكام الصرف مختصة بمورده لا تجري فيما إذا تعنون الحوالة عرفاً، والوفاء قد يكون ملازماً للاعتياض لاشتماله على معنى التسليم ولا محذور في أن تنزع من عقد واحد جهات من عقود كثيرة، من عقل أو شرع أو عرف هذا ما يتعلق بما قيل من عدم كونها وفاءً، ولا اعتياظاً.

وأما ما يتعلق بقول العلامة ﷺ من انها تبطل إن قلنا أنها وفاء وتصح إن قلنا انها اعتياض، فإن أراد من الوفاء الارفاقي المجاملي الغير المقرون باللزوم فالحق معه، ولكنه من مجرد الفرض وان الوفاء في الحوالة يتحقق في العقد اللازم، وإن أريد به الوفاء العقدي فلا وجه للبطلان كما هو معلوم فيصير هذا النزاع لفظياً.

(١١٩) مراده ﷺ الاستيفاء القرين للزوم لا الاستيفاء المجاملي الارفاقي فلا وجه لا شكال بعض الشراح ولا بعض المحشين (رحمهم الله تعالى).

(١٢٠) أشكل عليه بعض الشراح أن هذا لا يكون وفاء لأنه لابد وأن يكون بما في الذمة.

وفيه: إن الوفاء بمعنى الأداء والتسليم بما يحصل به فراغ الذمة، سواء كان بعين ما في الذمة أو بغيره مما تراضيا عليه كما لا يخفى من راجع موارد

معاملة لازمة (١٢١) بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه حيث إن الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه وجب عليه الدفع إليه (١٢٢) وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة (١٢٣) وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته، ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه، للغرور (١٢٤).

(تم كتاب الحوالة)

استعمالاته في الشرع والعرف.

(١٢١) هذا إذا لم يصدق عليه عنوان العقد من العقود وكان من مجرد الوفاء من دون انطباق أي عنوان عليه فانه لا موضوع للزوم حينئذٍ، وأما لو كان داخلاً تحت عقد من العقود وصدق عليه ذلك عرفاً فتشمله أصالة اللزوم في كل عقد إلا ما خرج بالدليل ولا دليل على الخلاف في المقام، ولعل البحث في هذه المسألة بين اللزوم وعدمه يكون من النزاع اللفظي حينئذٍ.

(١٢٢) لالتزامه بذلك على نفسه بقبول الحوالة واسقاط المالك حق الإرجاع اليه بإذنه بالدفع إلى المحتال.

(١٢٣) لعدم انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، كما أنه لا يجري حكم الحوالة على البريء أيضاً.

(١٢٤) إن أوجب أمانته ايتمان المحال عليه فحصل له الغرور بذلك عرفاً لأن الغرور من الموضوعات العرفية ولا يتقوم بالضمان، بل بكل ما حكم العرف بصدقه يترتب عليه حكمه، والله تعالى هو العالم.

والحمد لله أولاً وآخراً.

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفالة[1]

وهي: التعهد والالتزام بإحضار نفس لمن له الحق متى طلبه (١).

(مسألة ١): الكفالة عقد واقع بين الكفيل وصاحب الحق ـ وهو المكفول له ـ (٢) ويشترط فيها أمور:

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة
والسلام على محمد وآله الطاهرين.

(١) يدل عليه اللغة وعرف عامة الناس وهو المعهود بين المتشرعة خلفاً عن سلف، ويظهر منهم الإجماع عليه.

(٢) أما كونه عقداً فيدل عليه الإجماع، بل الضرورة الفقهية.

وأما كونه بين الكفيل والمكفول له فهو مما لا خلاف فيه بين الفقهاء ومن

(١) هذا الكتاب وما يليه من الكتب الفقهية سوى قسم من مسائل كتاب النكاح والوصية ـ لسيدنا الوالد ﷺ.

الأول: الإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له (٣).

(مسألة ٢): يكفي في الإيجاب كل لفظ ظاهر في التعهد المزبور كأن يقول: «كفلّت لك نفس فلان» أو «أنا كفيل لك بإحضاره» ونحو ذلك وفي القبول كل ما هو ظاهر في الرضاء بذلك (٤).

الثاني: يعتبر في الكفيل الشرائط العامة ـ كالبلوغ والعقل والاختيار ـ والتمكن من الاحضار (٥).

المسلمات لديهم، وأنما الخلاف في اعتبار قبول المكفول ويأتي تفصيل القول فيه في المسألة التالية، والمراد بقبول المكفول له هنا أعم من قبول نفسه إن كان كاملاً أو وليه ان لم يكن كذلك كما يأتي في المسألة الآتية أيضاً.

ثم أن المراد بالحق الثابت أعم من العين والدين لإطلاق الكلمات وتصريح جمع بالتعميم، بل ظاهر الإطلاق يشمل مطلق الحق ولو كان حق اثبات الدعوى على المكفول.

وقد تقدم الفرق بين الكفالة والضمان والحوالة[1]، فلا وجه للتكرار بالإعادة.

(٣) للإجماع والسيرة والتسالم عليه فتوىً وعملاً.

(٤) لما تقدم غير مرة انه يكفي في تحقق العقود كل لفظ له ظهور عرفي محاوري في عنوان العقد المنشأ، سواء استند الظهور إلى الحقيقة أو إلى المجاز بواسطة القرينة المعتبرة، لشمول الإطلاقات والعمومات فيصح ويجزي لا محالة وإن شئت التفصيل فراجع ما قلناه في عقد البيع.

(٥) الثلاثة الأولى من الشرائط العامة لكل عقد وتقدم دليل اعتبارها مفصلاً في عقد البيع فراجع.

---

(١) راجع صفحة: ٢١٢.

(مسألة ٣): لا يشترط في المكفول له البلوغ والعقل (٦) فتصح الكفالة للصبي والمجنون إن قبلها الولي (٧).

الثالث: رضاء الكفيل والمكفول له بلا إشكال (٨) وكذا المكفول على الأحوط (٩)

وأما دليل اعتبار الأخير فمضافاً إلى الإجماع أن الكفالة متقومة بذلك عرفاً، فإنها عبارة عن التعهد والالتزام بالإحضار.

والعاقل لا يلتزم بما لا يقدر عليه ولا يتمكن منه، فاعتبار التمكن من الإحضار من لوازم اعتبار العقل لزوماً عرفياً.

(٦) كما إذا جنى شخص على صبي أو مجنون وكفل شخص لهما بإحضار الجاني لاقامة الدعوى عليه واثبات حق الجناية، وكذا في سائر موارد الحقوق نفسية كانت أو عرضية أو مالية، فالمقام نظير الضمان حيث تقدم انه لا يعتبر في المضمون عنه البلوغ والعقل.

(٧) لفرض ان الكفالة عقد وهو متقوم بالإيجاب والقبول، فاذا لم يتحقق القبول من المكفول له يقوم وليه مقامه في ذلك، فالبلوغ والعقل شرط في المكفول له من باب الوصف بحال المتعلق أي من حيث العقد لا من باب الوصف بحال الذات، وفي الكفيل معتبر من حيث الوصف بحال الذات فعلى هذا لو كفل صبي أو مجنون بإذن الولي وإيجابه لا تصح الكفالة، وذلك معلوم في المجنون لعدم الاعتبار بلفظه وفعله عند العقلاء، وأما في الصبي فهو المشهور وتقدم البحث عنه في أول كتاب البيع، ومثل ذلك ما اذا قدر كلب شخص على احضار المكفول ووقع عقد الكفالة بين صاحب الكلب والمكفول له.

(٨) للإجماع وضرورة عدم صحة الإلتزام بحق من دون رضاء الطرفين.

(٩) نسب إلى المشهور عدم اعتبار رضاه ونسبه العلامة في التذكرة إلى

بل ينبغي الاحتياط في جعله طرفاً للعقد (١٠) بأن يكون عقدها مركباً من إيجاب وقبولين من المكفول له والمكفول (١١).

(مسألة ٤): تصح الكفالة باحضار مَن عليه حق مالي (١٢)، ولا

علمائنا؛ وتمسكوا أيضاً بإطلاق أدلة الوكالة وان الكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط وكالته في رضاء الموكل عليه وأنه بمنزلة المضمون عنه.

فكما لا يعتبر رضاه لا يعتبر رضاء الكفيل أيضاً.

وعن جمع منهم الشيخ وابني حمزة وادريس اعتبار رضاه وقواه العلامة في تحريره، وعن صاحب الجواهر تقويته أيضاً، لأن الأدلة المذكورة لعدم اعتباره ساقطة أما الشهرة والإجماع فلا اعتبار بهما مع فتوى جمع بالخلاف ومخالفة العلامة الذي هو مدعي الإجماع لنفسه، وأما الإطلاق فالشك في أصل ثبوته يكفي في عدم اعتباره، وأما البقية فأشبه بالقياس من الاستدلال.

نعم، هنا شيء وهو أن العرف يرى تقوم الكفالة برضاء الكفيل والمكفول له ويرون احضاره المكفول من لوازم عقد الكفالة لا من مقوماته فرضاه على فرض اعتباره يكون هكذا فالجهات الوضعية العقدية تتم برضاء الكفيل والمكفول له، ويكون ما يتعلق بالمكفول كوجوب التسليم بالنسبة إلى المتعاوضين، وحيث إن الكفالة استيلاء من الكفيل على حضار المكفول والنفوس مختلفة في ذلك اختلافاً كثيراً، وبعض النفوس يستنكرون استيلاء بعض الاشخاص عليهم ويتأذون من ذلك يمكن اعتبار رضاه من هذه الجهة.

وبذلك يمكن أن يجمع بين الكلمات فمن يعتبر رضاه أي: في المرتبة الخارجة عن مرتبة ذات الكفالة ومن لا يعتبره أي: في مرتبة قوام ذات الكفالة.

(١٠) لعدم الاكتفاء المتعارف في مثل هذه الأمور بمجرد الرضاء القلبي ما لم يكن مبرز خارجي في البين وهو يلازم كونه طرفاً للعقد كما لا يخفى.

(١١) كما تقدم نظيره في الضمان.

(١٢) لوجود المقتضي لها وفقد المانع عنها فتشمله أدلة الكفالة، مضافاً إلى ظهور اجماعهم على الصحة.

يشترط العلم بمبلغ ذلك المال (١٣).

الرابع: أن يكون المال ثابتاً في الذمة بحيث يصح ضمانه (١٤) ويكفي المعرضية العرفية للثبوت أيضاً (١٥) فتصح بالنسبة إلى مال الجعالة بعد حصول السبب وإن لم يعمل العامل بعد (١٦).

(مسألة ٥): تصح كفالة كل مَن يستحق عليه الحضور إلى مجلس الشرع بأن تكون عليه دعوى مسموعة وإن لم تقم البينة عليه بالحق (١٧) ولا تصح كفالة مَن عليه عقوبة من حد أو تعزير (١٨).

---

(١٣) للأصل بعد عدم دليل على اعتباره وتعلق الغرض بإحضار بدن المكفول لا كمية الحق الذي عليه وكيفيته.

(١٤) لأن الكفالة نحو من الضمان ومع عدم ثبوت الحق يكون من ضمان ما لم يجب وهو لا يصح على المشهور، ولكن قد مر مكرراً أنه يكفي المعرضية العرفية للثبوت.

(١٥) لأنها بمنزلة الثابت عرفاً.

(١٦) لثبوت المعرضية القريبة بالنسبة إلى المال حينئذٍ، ويصح من الناس الاستيثاق على أموالهم مع تحقق المعرضية للثبوت ووجود السبب.

(١٧) لثبوت حق الدعوى بالسماع وكل حق ثابت تصح الكفالة فيه، وتفصيل الحق بالبينة لا ربط له في ثبوت أصل حق الدعوى فأنه مقدم على تفصيله كما هو معلوم.

(١٨) لما رواه الفريقان عن النبي الأعظم صلى الله عليه وآله: «لا كفالة في حد»[١]، الشامل للتعزير أيضاً، مضافاً إلى الإجماع ولكن نفي الكفالة في الحد على اقسام:

---

(١) الوسائل باب: ١٦ من أبواب الضمان وفي المغني لابن قدامة ج: ٥ صفحة: ٩٧ ط: بيروت.

(مسألة ٦): الكفالة على أقسام ثلاثة إما معجلة، أو مؤجلة (١٩) فحينئذ يعتبر تعيين الأجل على وجه لا يختلف زيادة ونقصاً (٢٠)، أو مطلقة فتكون مثل الأول (٢١).

(مسألة ٧): عقد الكفالة لازم (٢٢).

الأوّل: بعد ثبوته وامكان إقامته فعلاً.

الثاني: بعد ثبوته وعدم امكان اقامته فعلاً لوجود محذور في البين.

الثالث: بعد تحقق دعوى الحد وامكان اثباته.

الرابع: بعد تحقق الدعوى وعدم إمكان الإثبات، وهل يشمل قوله صلى الله عليه وآله: «لا كفالة في حد» جميع هذه الأقسام أو يختص بالقسم الأوّل؟ الظاهر هو الاختصاص.

ثم أنه هل يشمل حقوق الناس أيضاً أو يختص بحق الله فقط الظاهر هو الثاني لما سيأتي في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

(١٩) لإطلاق الأدلة الشامل لهما، وللإجماع في التأجيل وعلى المشهور في التعجيل وعن ابن إدريس: «انه حق اليقين»، ولكن عن جمع منهم الشيخين في المقنعة والنهاية عدم صحتها حالاً (معجلاً) ولم يستدلوا بدليل يصح الاعتماد عليه إلا دعوى انها إذا كانت حالة تكون بلا فائدة.

وفيه: إن الفوائد غير محدودة بحد خاص بل هي كسائر الاغراض العقلائية تختلف باختلاف الجهات والخصوصيات، مع أن هذا النزاع صغروي لا يليق بالعلماء.

(٢٠) للإجماع، وقاعدة نفي الغرر؛ وما عن بعض العامة من جواز الجهالة هنا كما في العارية قياس أولاً، ومع الفارق ثانياً للزوم الكفالة وجواز العارية.

(٢١) لأن التعجيل هو المنساق من العقود عند الإطلاق لدى متعارف الناس كما في سائر الانشاءات المطلقة عقداً كان أو إيقاعاً.

(٢٢) لأصالة اللزوم في كل عقد إلا ما خرج بالدليل على الخروج في المقام، وتقدم أدلة اثبات أصالة اللزوم في كل عقد في أول البيع فراجع فلا وجه

لا يجوز فسخه إلا بالإقالة (٢٣)، ويجوز جعل الخيار فيه لكل من الكفيل والمكفول له مدة معينة (٢٤).

(مسألة ٨): يصح للمكفول له أن يطالب الكفيل إن كانت الكفالة مطلقة أو معجلة مع حلول الحق، وبعد الأجل إن كانت مؤجلة (٢٥)، فإن كان المكفول حاضراً وجب على الكفيل إحضاره (٢٦)، فإن أحضره وسلّمه تسليماً تاماً بحيث يتمكن المكفول له منه فقد برئ مما عليه (٢٧).

للتكرار أصلاً.

(٢٣) كما هو شأن كل عقد لازم بناء على جريان الاقالة في كل عقد لازم، وتقدم ما يتعلق به في (فصل الإقالة) من كتاب البيع فراجع.

(٢٤) أما جواز جعل الخيار لكل منهما، فلعموم أدلة الشرط.

وما يقال: من أن الكفالة والضمان في حاق الواقع يرجعان إلى الاستيثاق وشرط الخيار ينافي ذلك، فيكون من الشروط المخالفة لمقتضى العقد فتفسد الشرط ويفسد العقد.

باطل: لأنه إذا كان الشرط برضى المتعاقدين لا ينافي ذلك الاستيثاق الحاصل في البين.

وأما اعتبار تعيين المدة فللإجماع، وقاعدة نفي الغرر.

(٢٥) لوجود المقتضي للمطالبة وفقد المانع عنها فعلاً في القسمين الأولين، وبعد الأجل في القسم الأخير فيثبت حق المطالبة لا محالة، مضافاً إلى مسلمية ثبوت حق المطالبة عندهم.

(٢٦) لأن هذا هو الذي التزم الكفيل على نفسه في العقد الواقع بينهما فيجب الوفاء به.

(٢٧) لخروجه عن عهدة ما التزم به فلا موضوع لوجوب شيء آخر عليه

(مسألة ٩): لو امتنع الكفيل عن احضار المكفول، فللمكفول له مطالبة حبسه عند الحاكم حتى يحضره أو يؤدي ما عليه (٢٨).

بعد ذلك.

(٢٨) نسب ذلك إلى جمع منهم ابن ادريس والمحقق والشهيدين لابتناء الكفالة على ذلك عرفاً ولأن ذلك هو المقصود بين المتعاقدين في الكفالة، اذ المقصود في الكفالات استيفاء ما على المكفول، والإلتزام بإحضاره طريق إلى ذلك، ولقول أبي عبدالله عليه السلام في خبر عمار: «أتى أمير المؤمنين برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه، وقال أطلب صاحبك»[١]، وفي خبر أصبغ بن نباتة قال: «قضى أمير المؤمنين في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس وقال له: أطلب صاحبك»[٢]، وعن الصادق عليه السلام في خبر ابن عمار: «إن علياً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال: احبسوه حتى يأتي بصاحبه»[٣]، وهذه الأخبار وإن اقتصر فيها على خصوص الحبس لكن يمكن حملها على ذكر أحد الفردين والاستغناء به عن الآخر لأن الحبس أشد على الشخص من غيره، مع أنه قد ذكر الفرد الآخر في أخبار أُخرى كقول أبي عبدالله عليه السلام: «الكفالة خسارة وغرامة»[٤]، وقوله عليه السلام مكتوب في التوراة: «الكفالة ندامة وغرامة»[٥]، وغيرهما فيقيد بها اطلاق الاخبار المتقدمة وهذه الأخبار وإن كانت قاصرة سنداً لكنها تشهد للقرينة لتقييد الاخبار السابقة.

واحتمال أن لنفس الاحضار موضوعية خاصة لا أن يكون طريقاً إلى الأداء كما يتحقق الدعوى مثلاً، مع أن الاداء من خصوص المكفول ربما يكون مورد غرض عقلائي، ولذا اختار بعض تعيين الإحضار وهو صحيح واقعاً، ولكن لا دليل له إثباتاً لأن ملاحظة هذه الخصوصيات من الفروع المتعلقة

---

(١) (٢) (٣) الوسائل باب: ٩ من أبواب الضمان.

(٤) (٥) الوسائل باب: ٧ من أبواب الضمان: ٢و ٥.

(مسألة ١٠): لو كان المكفول غائباً فإن كان مكانه معلوماً يمكن الكفيل رده منه أمهل بقدر ذهابه ومجيئه (٢٩) فاذا مضى قدر ذلك ولم يأت به من غير عذر حبس كما مر (٣٠)، وإن كان غائباً غيبة منقطعة لا يعرف موضعه وانقطع خبره لم يكلف الكفيل احضاره (٣١)، وهل يلزم بأداء ما عليه؟ الأقرب ذلك (٣٢) خصوصاً إذا كان بتفريط من الكفيل بأن طالبه المكفول له وكان متمكناً منه فلم يحضره حتى هرب (٣٣).

بالموضوع وتشخيصها منوطة بنظر الحاكم الشرعي فهي بمنزلة الاحكام المترتبة لا أن تكون من مقومات ذات موضوع الكفالة.

(٢٩) يجب ذلك مقدمة إن لم يكن طريق للإحضار إلا بذلك.

(٣٠) لوجود المقتضي للحبس حينئذٍ وفقد المانع عنه فتشمله ما تقدم من الأدلة.

(٣١) لأن التكليف بالاحضار مشروط بالقدرة عليه والمفروض عدمها فينتفي التكليف قهراً.

(٣٢) لما مر من أن مقتضى الكفالة إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال والأصل بقاء هذا الأداء إلى أن يحصل المسقط، مع أن الكفيل وثيقة كالرهن فإذا تعذر استيفاء الحق ممن عليه الحق يستوفى من الوثيقة.

نعم، بناء على عدم التخيير في مورد الكفالة وانحصار موردها بالاحضار فقط لا موضوع للإلزام بالمال حينئذٍ، وعن جمع عدم وجوب المال عليه عند عدم التمكن من الاحضار، ونسب ذلك إلى التذكرة والمسالك وغيرهما فإن كان هذا القول منهم من جهة ذهابهم إلى عدم التخيير ووجوب الاحضار فقط فهو نزاع مبنائي، وقد تقدم استظهار التخيير وإن كان هذا القول منهم مع وجوب التخيير فلا دليل لهم عليه كما هو معلوم.

(٣٣) لأنه إذا قلنا في الصورة السابقة بضمان المال يكون الضمان في هذه

نعم، لو كان بحيث لا يرجى الظفر به بحسب العادة يشكل صحة الكفالة من أصلها (٣٤).

الصورة بالفحوى.

(٣٤) بناء على أن التمكن من الاحضار شرط الصحة حدوثاً وبقاءً تبطل أصل الكفالة، لقاعدة انتفاء المشروط بانتفاء الشرط، وإن قلنا بأنه يكفي في الصحة التمكن منه في مجرد الحدوث فقط تصح ولكن الشأن في صحة هذا الاحتمال، مع أن المتعارف في الوثائق المعهودة بين الناس مراعاة التمكن من الأداء مطلقاً.

ثم انه قد ذكر المشهور من الفقهاء انه لو قال الكفيل: «إن لم أحضره كان عليّ كذا» لم يلزم منه إلا احضاره دون المال، ولو قال: «عليّ كذا ـ إلى كذا ـ إن لم أحضره» وجب عليه ما شرط من المال، والأصل في المسألتين موثقتا البقباق الأولى: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل كفل لرجل بنفس رجل، وقال: إن جئت به وإلا عليك «فعليّ» خمسمائة درهم، قال عليه السلام: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم، فإن قال: عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه اليه، قال: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه اليه»[1]، والمنساق من الجملة الأولى« رجل كفل بنفس رجل» أن الكفالة تمت بنفس هذه الجملة بإيجابها من الكفيل وقبولها من المكفول له وإن الكفالة كانت غير متضمنة لمال في عهدة المكفول بل كانت لاغراض صحيحة أُخرى بقرينة قوله: «وقال إن جئت به» فإنه لو كانت متضمنة لمال في عهدة المكفول فمقتضى العادة بيان دفع نفس ذلك المال.

وحينئذٍ فتتم الكفالة بهذه الجملة وحكمها وجوب دفع المكفول نفسه لا وجوب شيء آخر على الكفيل.

وأما قوله: «وقال إن جئت به وإلا فعليك خمسمائة درهم» فهو كلام

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام الضمان: ١.

(مسألة ١١): إذا لم يحضر الكفيل المكفول فأخذ منه المال، فإن لم يأذن له المكفول لا في الكفالة ولا في الأداء ليس له الرجوع عليه بما أداه(٣٥)، واذا أذن له الأداء كان له أن يرجع به عليه، سواء أذن له في الكفالة أيضاً أم لا (٣٦)، وإن أذن في الكفالة دون الأداء فإن كان إذنه فيها

المكفول له صدر منه بعد تمامية عقد الكفالة، فإن كان الكفيل قَبله يكون من الشروط الابتدائية لا يجب الوفاء به على المشهور وإن لم يكن قَبله فلا يجب الوفاء بالأولى وهذا هو المطابق للقاعدة ولما قاله الفقهاء في المسألة الأولى، وأما ذيل الحديث وهو قوله: «فإن قال عليّ خمسمائة درهم.إن لم أدفعه اليه» فهو أيضاً مطابق للقاعدة إذا قال ذلك الكفيل وجعله من قيود الكفالة حين انشأ عقدها كما لعله المنساق من الحديث فتطابقت القاعدة وقول المشهور وذيل الحديث.

الثانية: ما عن الصادق عليه السلام في خبر أبي العباس أيضاً قال: «سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً؟ قال: ان جاء به إلى أجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضمان إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»[1]، وهذا الموثق أيضاً مطابق للقاعدة وللمشهور لأن قوله «فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً» لم يعلم انه من قيود الكفالة التي ذكرها الكفيل، بل مقتضى أصالة عدم التقييد عدم كونه قيداً له.

نعم، إن بدأ الكفيل بالدراهم يكون ظاهراً في التقييد حينئذٍ عرفاً فهذا الموثق موافق للقاعدة أيضاً بكلا جزئية بعد التدبر والتأمل هذا، وأما الكلمات فهي مضطربة جداً كما لا يخفى على من راجع المطولات.

(٣٥) لأصالة برائة ذمته بعد عدم حصول تسبيب منه في الاستيفاء.

(٣٦) لصدق استيفاء مال الغير بعد الإذن، ولقاعدة الاحترام فيجب الاداء.

---

(١) الوسائل باب: ١٠ من أبواب أحكام الضمان: ٢.

ملازماً عرفاً للأداء يرجع اليه (٣٧) والا فلا (٣٨).

(مسألة ١٢): لو عين الكفيل في الكفالة مكان التسليم تعين (٣٩) فلا يجب عليه تسليمه في غيره، ولو طلب ذلك المفكول له لم تجب اجابته(٤٠)، كما انه لو سلمه في غير ما عين لم يجب على المكفول له تسلمه (٤١).

(مسألة ١٣): لو أطلق عقد الكفالة ولم يعين مكان التسليم فإن أوقعا العقد في بلد المكفول له أو بلد قراره انصرف إليه (٤٢) وإن أوقعاه في

---

(٣٧) لما مر في سابقه من صدق الاستيفاء اذ لا فرق في الصدق العرفي بين الدلالة المطابقية والإلتزامية.

(٣٨) لعدم حصول استيفاء منه لمال الغير بوجه لا بالدلالة المطابقية ولا بالإلتزام.

نعم، لو تضرر الكفيل بشيء وكان ذلك مستنداً إلى المكفول له عرفاً فمقتضى قاعدة «نفي الضرر» لزوم تداركه عليه.

(٣٩) لعموم قوله صلّى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[1]؛ وللإلتزام الواقع بينهما.

(٤٠) أما عدم وجوب التسليم على الكفيل في غيره فللأصل والإجماع، وكذا الكلام بالنسبة إلى عدم وجوب إجابة المكفول له .

(٤١) لأصالة عدم وجوب التسلّم عليه في غير ما عين، مضافاً إلى الإجماع.

نعم، يجب عليه التسلم في موضع التعيين لأن ذلك من لوازم العقد الواقع بينهما عرفاً.

(٤٢) كما في نظائر المقام من المعاوضات والسلم واعطاء الزكاة وسائر

---

(١) الوسائل باب: ٢٠ من أبواب المهور حديث: ٤.

برية أو بلد غربة لم يكن من قصده القرار والاستقرار فيه، فإن كانت قرينة على التعيين فهو بمنزلته (٤٣) وإلا بطلت الكفالة من أصلها (٤٤).

(مسألة ١٤): يجب على الكفيل التوسل بكل وسيلة مشروعة لاحضار المكفول، حتى أنه لو احتاج إلى الاستعانة بشخص قاهر لم يكن فيها مفسدة أو مضرة دينية أو دنيوية لم يبعد وجوبها (٤٥).

(مسألة ١٥): لو كان المكفول غائباً واحتاج حمله إلى مؤنة فعلى المكفول نفسه (٤٦)، ولو صرفها الكفيل لا بعنوان التبرع، له أن يرجع بها عليه (٤٧)

الحقوق ونحوها، وهذا الانصراف معتبر عند متعارف الناس فيعتبر شرعاً أيضاً.

(٤٣) لأن القرائن المعتبرة كالظواهر حجة في المحاورات العقلائية.

(٤٤) للغرر والجهالة، وعدم اقدام متعارف الناس على مثل هذا الكفالة.

(٤٥) أما وجوب الاستعانة لاحضار المكفول بكل وسيلة مشروعة فلأن احضاره بالطرق المشروع من مقومات الكفالة فيشمله ما دل على وجوب الوفاء بالعقد والإلتزام الصحيح الجامع للشرائط.

وأما صحة التوسل بالقاهر مع عدم المفسدة فلأنه أيضاً من مقدمات تحصيل الواجب عليه بالإلتزام العقدي الواقع بينهما.

(٤٦) لأنه السبب في صرف هذه فتشمله قاعدة «التلف بالتسبيب».

(٤٧) لما مر من كونه سبباً فيكون الضمان عليه.

ثم إن المؤن المصروفة أقسام ثلاثة:

الأوّل: ما يحكم العرف بكونها من ناحية المكفول وللظفر أو الحمل به ولا ريب في كونها عليه.

الثاني: ما اذا حكم بأنها ليس من ناحية المكفول ولا تنسب اليه وليست

على اشكال في بعضها (٤٨).

(مسألة ١٦): ينحل عقد الكفالة بأمور:

الأول: لو برأ ذمة الكفيل بإحضار المكفول، أو حضوره وتسليم نفسه تسليماً تاماً (٤٩).

الثاني: لو أخذ المكفول له المكفول طوعاً أو كرهاً بحيث تمكن من استيفاء حقه أو احضاره مجلس الحكم (٥٠).

الثالث: ما إذا ابرأ المكفول له الحق الذي على المكفول.

الرابع: ما إذا رفع المكفول له يده عن الكفالة.

الخامس: ما إذا أدى المكفول حق المكفول له (٥١).

السادس: ما إذا مات الكفيل أو المكفول (٥٢).

للظفر أو الحمل به، فلا يرجع بها اليه للأصل بعد عدم صدق التسبيب.

الثالث: ما يشك في انها من أي القسمين؛ ومقتضى الأصل برائة ذمة المكفول فيها أيضاً ولكن الأحوط التراضي.

(٤٨) ظهر وجه الاشكال مما مر.

(٤٩) لحصول الغرض فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك، ولا دليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل بنفسه إلا أن يكون شرط في البين وهو خلف الفرض.

(٥٠) لزوال الموضوع بحصول الغرض كما مر.

(٥١) كل ذلك لانتفاء الموضوع فلا وجه لبقاء الحكم بعد ذلك.

(٥٢) ارسلوا بطلانها بموت الكفيل ارسال المسلمات ويظهر منهم الإجماع عليه وهو صحيح اذا كانت بعنوان مباشرة الكفيل للإحضار بنفسه، وأما إن كان بعنوان الاعم من المباشرة والتسبيب فيمكن أن يقال بإنتقال الحق إلى ورثته لأصالة بقاء الحق، أي: حق الاحضار الحاصل بالعقد إلا أن يقال: بأنه ليس

(مسألة ١٧): لو مات المكفول له فالكفالة باقية وينتقل حق المكفول له إلى ورثته (٥٣).

(مسألة ١٨): لو نقل المكفول له الحق الذي على المكفول إلى غيره ببيع أو صلح أو حوالة بطلت الكفالة (٥٤).

(مسألة ١٩): مَن خلّى غريماً من يد صاحبه قهراً واجباراً ضمن احضاره أو أداء ما عليه (٥٥)، ولو خلى قاتلاً من يد ولي الدم لزمه احضاره أو إعطاء الدية وإن كان القتل عمداً (٥٦).

من الحقوق القابلة للنقل والانتقال عرفاً فتأمل.

وأما بطلانها بموت المكفول فلزوال الموضوع.

نعم، لو كان غرض صحيح يترتب على رؤية جثته تبقى الكفالة إلى أن يحصل الغرض.

(٥٣) لعموم أدلة الإرث بعد أصالة بقاء الحق.

(٥٤) لزوال موضوع الكفالة، ولصيرورة من وقع العقد غير واجب الوفاء بالنسبة اليه ومَن وجب الوفاء بالنسبة اليه غير من وقع معه العقد هذا مع عدم إذن الكفيل في ذلك أو اجازته له والا فالظاهر الصحة وتصير كفالة جديدة.

(٥٥) للإجماع، وقاعدة «نفي الضرر والضرار» وفحوى ما يأتي في الفرع التالي.

(٥٦) إجماعاً ونصاً ففي صحيح حريز عن الصادقعليه السلام: «عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع إلى الوالي فدفع الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقالعليه السلام: أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل قيل فإن مات وهم في السجن؟ قالعليه السلام: فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول[١]».

---

(١) الوسائل باب: ١٥ من أبواب الضمان.

(مسألة ٢٠): يجوز ترامى الكفالات (٥٧) بأن يكفل كفيل آخر ثم يكفل كفيل الكفيل كفيل آخر وهكذا، وحيث إن الكل فروع الكفالة الأولى وكل لاحق فرع سابقه فلو ابرأ المستحق الكفيل الأول أو أحضر الأول المكفول الأول أو مات أحدهما برئوا أجمع، ولو برأ المستحق بعض مَن توسط برئ هو ومَن بعده دون من قبله، وكذا لو مات برئ من كان فرعاً له.

(مسألة ٢١): لو نهى الوالد ولده عن الكفالة فخالف وعصى وتكفل ولكن أحضر المكفول لدى المكفول له يترتب عليه الأثر، وكذا لو نذر أن لا يكفل شخصاً ينعقد نذره وتجب الكفارة مع المخالفة (٥٨).

(مسألة ٢٢): يجوز الكفالة مع العوض وغير العوض سواء كان

---

(٥٧) لوجود المقتضي وفقد المانع وظهور الإطلاق والاتفاق، وحكم باقي المسألة واضح لا يحتاج إلى البيان، وكذا يجوز كفالة واحد عن أثنين أو أكثر كما يجوز العكس أيضاً تخييراً أو ترتيباً أو جمعاً، وحكم الكل واضح بأدنى التأمل.

فرع: لو توجه إلى شخص دعوىً حاضراً والمدعي يريد أن يحبسه لغرض، وتكفل له أحد بأن يطلقه وأن يحضره متى طلبه والا غرم غرامة خاصة، فهل تكون هذه من الكفالة المعهودة موضوعاً أو حكماً أو لا يكون منها لا موضوعاً ولا حكماً، وشاع هذا النحو من الكفالة في هذه الأعصار؟

والظاهر كونها من الكفالة المعهودة موضوعاً لأن المراد بقولهم في تعريفها هي: «التعهد والإلتزام لشخص بإحضار نفس له حق عليها» أو ما قلناه أعم من أن يكون ذلك الشخص غائباً فعلاً أو حاضراً وأريد احضاره بعد مدة نعم الغالب هو الأوّل.

(٥٨) أما المعصية فلمخالفة الوالد وأما ترتب الأثر فلتحقق الموضوع وكذا الكلام في النذر.

العوض على المكفول أو المكفول له أو الأجنبي (٥٩).

(مسألة ٢٣): تجري الفضولية في الكفالة وتصح مع الاجازة اللاحقة كما تصح مع الاذن السابق (٦٠).

(مسألة ٢٤): يجوز كفالة المسلم عن الكافر وبالعكس وإن كان الأحوط ترك العكس (٦١).

(مسألة ٢٥): لو تضرر الكفيل بالكفالة فلا يجب على المكفول له تداركه إن لم يكن منه تسبيب في البين (٦٢).

(مسألة ٢٦): يكره التعرض للكفالات وقد قال مولانا الصادق عليه السلام في خبر لبعض أصحابه: «مالك والكفالات أما إنها أهلكت القرون الأولى» وعنه عليه السلام: «الكفالة خسارة غرامة وندامة» (٦٣).

---

(٥٩) لإطلاق الأدلة الشامل لجميع ذلك، ولقاعدة «السلطنة».

(٦٠) لما مر في كتاب البيع من أن الفضولية موافقة للقاعدة تجري في كل عقد إلا ما دل دليل على الخلاف وهو مفقود في المقام.

(٦١) أما الأوّل فلإطلاق الأدلة، وكذا الأخير؛ ومنشأ التردد احتمال أن يكون ذلك من السبيل المنفي في الآية المباركة[1].

(٦٢) لأصالة برائة ذمة المكفول له عن ذلك.

(٦٣) وعنه عليه السلام أيضاً مكتوب في التوراة: «الكفالة ندامة وغرامة»[2]، هذا مع عدم المصلحة الراجحة في البين وإلا فقد تجب كانجاء المؤمن من القتل، وقيل في مدح ذي الكفل أنه كفل سبعين نبياً من القتل[3]، كما أنها في غير كفالة اليتيم ونحوه من الضعفاء والا فقد ورد في مدحها ما تبهر منه وهي غير الكفالة

---

(١) سورة النساء: ١٤١.

(٢) الوسائل باب: ٧ من أبواب الضمان حديث: ٥.

(٣) راجع مجمع ا لبحرين مادة كفل.

(مسألة ٢٧): يجوز اشتراط كل شرط سائغ في عقد الكفالة سواء كان للكفيل أو للمكفول أو للمكفول له أو للجميع (٦٤) وتصح اشتراط أصل الكفالة إلى مدة معينة (٦٥).

(مسألة ٢٨): لو أنكر الكفيل الكفالة وأدعاها المكفول له فإن ثبت دعوى المدعي بحجة معتبرة يقبل قوله والا فيحلف المنكر على نفي الكفالة (٦٦).

تم كتاب الكفالة

المذكورة.

(٦٤) لعموم أدلة الشروط الجارية في كل عقد إلا ما خرج بالدليل وهو مفقود.

(٦٥) لما تقدم من العموم وتبطل الكفالة بعد انقضاء المدة لا محالة.

(٦٦) أما الأوّل فلأن الحجة المعتبرة يترتب عليها الأثر الشرعي وهو ثبوت الدعوى؛ وأما الثاني فلانحصار قطع النزاع حينئذٍ بحلف المنكر.

والحمد لله أولاً وآخراً.

تم الجزء العشرون بحمد الله بانتهاء كتاب الكفالة ويبتدأ الجزء الواحد والعشرون بكتاب الدين والقرض.

٢٠/٩/١٤٠٣ محمد الموسوي السبزواري.

فهرست الجزء العشرون
من كتاب مهذب الاحكام

كتاب الشركة

فصل في القسمة

كتاب المزارعة

كتاب المساقاة

كتاب الضمان

تتمة

كتاب الحوالة

كتاب الكفالة